COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

2-16-CA

DENNIS JAMES OLAND

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Oland v. R., 2016 NBCA 58

CORAM:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg

Appeal from conviction in the Court of Queen's Bench:
December 19, 2015

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:

Supreme Court of Canada:
[2016] S.C.C.A. No. 188

Court of Appeal:
[2016] N.B.J. No. 25
2016 NBCA 15

Court of Queen's Bench:
[2013] N.B.J. No. 457
2015 NBQB 242
2015 NBQB 243
2015 NBQB 244
2015 NBQB 245
2015 NBQB 246
2015 NBQB 247
2015 NBQB 248

DENNIS JAMES OLAND

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Oland c. R., 2016 NBCA 58

CORAM :
l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Quigg

Appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par la Cour du Banc de la Reine :
le 19 décembre 2015

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour suprême du Canada :
[2016] C.S.C.R. n° 188

Cour d'appel :
[2016] A.N.-B. n° 25
2016 NBCA 15

Cour du Banc de la Reine :
[2013] A.N.-B. n° 457
2015 NBBR 242
2015 NBBR 243
2015 NBBR 244
2015 NBBR 245
2015 NBBR 246
2015 NBBR 247
2015 NBBR 248

2015 NBQB 257
2016 NBQB 43

Provincial Court:
[2014] N.B.J. No. 360

Appeal heard:
October 18, 19 and 20, 2016

Judgment rendered:
October 24, 2016

Reasons delivered:
January 12, 2017

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Gary A. Miller, Q.C., Alan D. Gold
and James R. McConnell

For the respondent:
Kathryn A. Gregory
and Derek Weaver

THE COURT

On October 24, 2016, the Court determined the appellant failed to make the case for a finding of verdict unreasonableness and there was, therefore, no basis for his acquittal pursuant to s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* on the charge of second degree murder of his father. However, the Court ruled the conviction must be quashed and a new trial ordered on the grounds of misdirection in the judge's instructions with respect to post-offence conduct evidence, specifically the appellant's inaccurate statement to the police regarding the jacket he took to his father's office on the day of the murder. The Court's reasons for judgment are fleshed out in the text that follows.

2015 NBBR 257
2016 NBBR 43

Cour provinciale :
[2014] A.N.-B. n° 360

Appel entendu :
les 18, 19 et 20 octobre 2016

Jugement rendu :
le 24 octobre 2016

Motifs déposés :
le 12 janvier 2017

Motifs de jugement :
l'honorable juge en chef Drapeau

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Quigg

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Gary A. Miller, c.r., Allan D. Gold
et James R. McConnell

Pour l'intimée :
Kathryn A. Gregory
et Derek Weaver

LA COUR

Le 24 octobre 2016, la Cour a jugé que l'appelant n'avait pas réussi à prouver que le verdict était déraisonnable et il n'y avait, par conséquent, aucun fondement justifiant son acquittement sous le régime du ss-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel* relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré de son père. Toutefois, notre Cour a conclu qu'elle devait annuler la déclaration de culpabilité et ordonner la tenue d'un nouveau procès en raison de directives erronées données au jury par le juge du procès en ce qui concerne la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, plus précisément la déclaration inexacte de l'appelant à la police au sujet du

veston qu’il portait lorsqu’il s’est rendu au bureau de son père le jour du meurtre. Les motifs de jugement de la Cour sont exposés dans le détail dans le texte qui suit.

The reasons for the Court's judgment were delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] On October 24, 2016, the Court rejected the appellant's plea for an acquittal pursuant to s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, but granted his request for a new trial. At that time, the Court provided a summary of its reasons for decision. That summary bears repeating, if only for introductory purposes.

[2] The appellant contests his conviction for the second degree murder of his father, a disposition entered following a lengthy trial at which the appellant testified and the jury returned a verdict of guilty as charged. The victim, who was 69 years of age, was bludgeoned to death in his uptown Saint John office in the early evening of July 6, 2011.

[3] The only issue at trial was the identity of the killer. The jurors unanimously concluded it was the appellant. They did so after benefiting from a comprehensive review of the evidence by the judge and error-free instructions on the presumption of innocence, the requirement of proof beyond a reasonable doubt, their role as the judges of the facts and the difference between impermissible speculation and permissible inference. As well, their verdict followed: (1) addresses by counsel for both sides that left no stone unturned in setting out their respective take on the evidence or lack thereof, and their conflicting theories of the case; and (2) deliberations lasting some 30 hours.

[4] The appellant contends the jury's verdict is "unreasonable" within the meaning of s. 686(1)(a)(i) and argues this Court should set it aside on that basis, and acquit him of the charge. We respectfully disagree. Our reasons, in abridged form, are as follows.

[5] Admittedly, the jury's verdict is based on circumstantial evidence. There is, to use the vernacular, no "smoking gun". As with most, if not all, convictions without direct proof of guilt, there are gaps in the evidential puzzle. Those gaps were forcefully emphasized by defence counsel in their address to the jury and highlighted by the judge in his charge. The jury was keenly aware of those gaps when it engaged in its review of the evidence and deliberated with respect to whether the appellant's guilt was established beyond any reasonable doubt. This process was not rushed; as mentioned, the jury was out for 30 hours. In our respectful view, once it assembled the pieces of the evidential puzzle provided by the admissions, the evidence, and the inferences that it could properly draw from that evidence, the jury could reasonably conclude a sufficiently revealing portion of the portrait of one killer emerged: that of the appellant. This conclusion is not at odds with our judicial experience.

[6] The appellant's fallback submission is that a new trial should be ordered on the basis of erroneous evidential rulings, specifically in respect of the "call detail records", the evidence derived from forensic testing of the freshly dry-cleaned brown Hugo Boss jacket seized from his residence and "communications" with his wife. In our view, the trial judge's rulings were correct, and there is, therefore, no merit to the grounds of appeal on point.

[7] Finally, the appellant contends a new trial is necessary because of critical misdirection in the charge to the jury, notably in connection with a post-offence statement the appellant made to the police in respect of the jacket he was wearing while at his father's office in the early evening of July 6, 2011. The accused told the police he was wearing a navy blazer, but video evidence showed conclusively and the appellant admitted at trial he was wearing the brown Hugo Boss jacket. Forensic testing subsequently confirmed the presence of the victim's blood and DNA on that jacket. It was the Crown's contention at trial that this admittedly erroneous statement was a lie designed to divert suspicion away from the appellant, and as such was circumstantial evidence the jury could take into account in finding the appellant was the killer, beyond any reasonable doubt.

[8] The trial judge told the jurors the issue was whether the appellant's inaccurate description of the jacket was an honest mistake or an "intentional lie" that was related to the commission of the offence charged. If it was the latter, the jurors were instructed they were entitled to consider the lie, together with the other evidence in the case, in reaching a verdict of guilty. The trial judge made those observations after advising the jurors that an "intentionally false statement […] will, in some circumstances, be evidence from which it can be inferred that the [author] is attempting to mislead the police and deflect suspicion away […] because [he or she] actually committed the offence". Significantly, the trial judge did not explain to the jurors that, even if they found the appellant's erroneous statement was a lie, it had no probative value unless they concluded, on the basis of other evidence independent of that finding, that the lie was fabricated or concocted to conceal his involvement in the murder of his father.

[9] Conduct by the accused in the aftermath of an offence may assist in establishing guilt. However, because the significance of certain types of post-offence conduct, such as the articulation of false alibis or lies, can be easily exaggerated and their occurrence misapplied, particularly by non-jurists, the law has developed rules that seek to safeguard against the risk of any prejudicial impact on trial fairness. Those rules may be summarized as follows: (1) a false alibi or a lie, without more, is not evidence that can assist the prosecution in establishing guilt; (2) a false alibi or a lie may constitute incriminating evidence if and only if, in addition to being an intentional falsehood, it was fabricated or concocted by the accused for the purpose of concealing his or her involvement or participation in the offence charged. A fabricated or concocted lie is one that is made up after giving it some thought; as such, it is distinguishable from a spontaneous unreflected or unconsidered lie; (3) in this context, a finding of fabrication or concoction cannot be made simply because the accused lied; there must be other evidence, independent of that finding upon which the trier of fact can find fabrication or concoction; and (4) instructions reflecting the foregoing are essential and they must be accompanied by a reference to the independent evidence from which the jury might reasonably infer fabrication or concoction.

[10] Regrettably, the trial judge did not apply this framework and, in the result, his instructions on a key piece of the evidential puzzle are fundamentally flawed. The jurors might well have found the appellant lied about the jacket he was wearing and, in the closing moments of their deliberations, distilled from that bare finding the clinching element for their verdict.

[11] In our view, the respondent has not made the case for the application of s. 686(1)(b)(iii), the curative proviso, and we are therefore compelled to quash the conviction and order a new trial.

[12] We would expect that any new trial would be considerably shorter than the first one, given the work done as well as the experience and knowledge acquired by the police, counsel and the judiciary, and bearing in mind this Court's unqualified endorsement of the trial judge's evidential rulings that were contested on appeal.

[13] We indicated at the time of the delivery of the foregoing summary that more detailed reasons would be filed, in both official languages, at the first reasonable opportunity. Here are those reasons.

II. The Issues

A. *Verdict unreasonableness*

[14] The challenge to the verdict on grounds of unreasonableness, if substantiated, would entail an outright acquittal and, thus, preclude a new trial. In other words, all proceedings against the appellant on the charge of murder would be at an end. It logically follows that this issue must be addressed, despite the Court's order for a new trial.

[15] Section 686(1)(a)(i) states:

686 (1) On the hearing of an appeal against a conviction [...] the court of appeal	686 (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité […] la cour d'appel :
(a) may allow the appeal where it is of the opinion that	a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :
(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence [.]	(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve [.]

(1) The appellant's position

[16] The appellant emphasizes the case at hand does not feature "direct evidence or a situation where acceptance of a particular witness's evidence could reasonably produce a conviction". Rather, the case is "a mystery based upon many different kinds of circumstantial evidence", one that the sentencing judge described as "factually complicated and convoluted". The appellant also underscores this is not a circumstantial evidence case buttressed by a failure to testify; he testified and categorically denied guilt.

[17] The appellant argues the evidential record, viewed through the lens of judicial experience, leads inexorably to the conclusion that the jury verdict is unreasonable, and therefore unsustainable.

[18] The appellant's arguments against conviction are marshalled in his written submission at paragraphs 186-193.

(2) The respondent's position

[19] While acknowledging s. 686(1)(a)(i) ordains a full review of the evidential record, the respondent underscores that, at the end of the required evidential re-examination and re-weighing, it is the probative effect of the totality of the evidence that is determinative. In this regard, the respondent argues the appellant's take on the

application of s. 686(1)(a)(i) invites the Court to engage in an inappropriate analytical methodology: critiquing the probative value of individual pieces of evidence in isolation from the context, rather than focusing on the probative value of the evidence as a whole. As the Supreme Court emphasized in *R. v. W.H.*, 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180, an appellate court must not attempt "on the basis only of the written record […] to fashion an explanation for the jury's decision" (para. 40). Just as importantly, the court must not substitute its opinion for that of the jury simply because different conclusions are reached following the requisite re-examination and re-weighing of the evidence.

[20] In exercising the jurisdiction conferred by s. 686(1)(a)(i) in relation to jury verdicts, the following must always be borne in mind: (1) the jurors saw and heard the witnesses, an advantage not afforded to the reviewing court; (2) the jury's reasons for accepting or rejecting evidence "may well be tied directly to factors flowing from that advantage"; (3) "it is often difficult if not impossible to articulate with precision the various factors that influence an ultimate judgment about a witness's credibility"; and (4) "the fact remains that the exercise may not be purely intellectual and may involve factors that are difficult to verbalize" (see *R. v. W.H.* at paras. 39-40). I note parenthetically these observations are particularly relevant to the disposition of the appellant's suggestion that the jury acted unreasonably in rejecting the alibi provided by Anthony Shaw's time estimate for the noises associated with the murderous assault.

[21] Moreover, the respondent readily accepts s. 686(1)(a)(i) requires the reviewing court to go beyond simply satisfying itself there is evidence to support the verdict, and that it must also determine whether the jury's conclusion "[conflicts] with the bulk of judicial experience": *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 40. The respondent submits, however, that the application of "judicial experience" to the review exercise does not empower the court to reassess the testimony of the accused on the basis that his or her denial of culpability is plausible and nothing in the written record would appear to be disharmonious with that denial (see *R. v. W.H.*, at para. 47). Going from the general to the specific, the respondent points out the obvious: the innocent spin the appellant puts on the seemingly incriminating pieces of the evidential puzzle, whether

individually or collectively, occupied center stage in the court below, and the jury rejected it.

[22] The respondent's case against a finding of verdict unreasonableness is detailed in its written submission, at paragraphs 301-347.

B. *Allegations of legal error*

[23] It is the appellant's alternative submission that a new trial should be ordered because the trial judge committed reversible errors of law in admitting into the record key items of evidence: (1) "call detail records" relating, in particular, to the cell tower the victim's iPhone 4 used at 6:44 p.m. on July 6, 2011. The appellant argues the data in those records were inadmissible hearsay whose prejudicial effect outweighed any probative value; (2) the results from forensic testing of the brown Hugo Boss jacket. The appellant submits the testing was not permitted under the search warrant authorizing the seizure of the jacket and, as a result, his *Charter* right against unreasonable search or seizure was violated. It would follow, so goes the argument, that all testing-derived evidence should have been excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*; and (3) communications with his wife. The appellant submits those communications were covered by "spousal privilege" and, therefore, inadmissible.

[24] The appellant also contends a new trial is warranted on the basis of reversible errors of law the trial judge made in instructing the jury. Those errors would have occurred when the judge: (1) wrongly suggested to the jury that the victim's cell phone inactivity was "inconsistent" with the evidence of Anthony Shaw on the issue of the time of death, which evidence, if accepted, would have excluded the appellant as the murderer; (2) failed to caution the jury that some of Crown counsel's closing arguments were speculative and, in any event, bereft of merit given his failure to put the underpinning allegations to the appellant during cross-examination. It is argued this failure breached the rule in *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.); (3) left with the jury as potential post-offence conduct evidence the appellant's false statement he was wearing

a navy blazer at his father's office the day of the murder and the fact that the jacket he was actually wearing, the brown Hugo Boss jacket, was dry-cleaned after the appellant was told by the police of the impending search of his home; and (4) misdirected the jurors regarding the findings they had to make before that post-offence conduct could be used as inculpatory evidence. Although a few of these grounds are moot, none was abandoned, and all were pressed at the hearing. In my view, some observations are warranted in relation to all.

II. Analysis and Decision

A. *Verdict unreasonableness*

[25] In *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, [1987] S.C.J. No. 51 (QL), the Court held an appeal could be allowed and an acquittal entered pursuant to s. 686(1)(a)(i) if, and only if twelve properly instructed jurors, acting judicially, could not reasonably have come to the verdict at issue. In a subsequent decision, *R. v. Biniaris,* the Supreme Court clarified that standard by declaring it required appellate courts: (1) "to review, analyse and, within the limits of appellate disadvantage, weigh the evidence" (para. 36); and (2) to carry out this process "through the lens of judicial experience which serves as an additional protection against an unwarranted conviction" (para. 40). While the latter requirement confirms the test for appellate intervention under s. 686(1)(a)(i) is "different than the one a trial judge must apply on a directed verdict application" (see *R. v. R. (J.S.),* 2012 ONCA 568, [2012] O.J. No. 4063 (QL), at para. 69), it does not follow that the defence's considered decision to abstain from requesting a directed verdict of acquittal is meaningless. I will return to this topic in short order.

[26] More recently, in *R. v. W.H.,* the Supreme Court provides further helpful insights into the review process envisaged by s. 686(1)(a)(i):

> On the other hand, however, the review cannot be limited to assessing the sufficiency of the evidence. A positive answer to the question of whether there is some evidence which, if believed, supports the conviction does not exhaust

> the role of the reviewing court. Rather, the court is required "to review, analyse and, within the limits of appellate disadvantage, weigh the evidence" *(Biniaris,* at para. 36) and consider through the lens of judicial experience, whether "judicial fact-finding precludes the conclusion reached by the jury": para. 39. Thus, in deciding whether the verdict is one which a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered, the reviewing court must ask not only whether there is evidence in the record to support the verdict, but also whether the jury's conclusion conflicts with the bulk of judicial experience: *Biniaris,* at para. 40. [para. 28]

[27] My understanding of the governing standard is summarized in Penney, Rondinelli and Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (Markham, Ont.: LexisNexis Canada Inc., 2011) at pp. 744-745.

> The test to be applied by the appellate court under section 686(1)(*a*)(i) of the *Code* has been established by the Supreme Court of Canada as whether "the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered." The test is equally applicable to a judge sitting at trial without a jury. Where the verdict rests primarily on circumstantial evidence, Justice Doherty noted in *R. v. Mars* that "the question becomes: could a trier-of-fact acting judicially be satisfied that the accused's guilt was the only reasonable conclusion available on the totality of the evidence?" In considering whether a verdict is unreasonable, an appellate court is required to analyze and to some extent, reweigh the evidence adduced at trial. The court will do so through the "lens of judicial experience", which serves as an additional safeguard against unsafe convictions. The burden on the appellant in establishing an unreasonable verdict has been described as "high" and "difficult". Practically speaking, "at the end of the day this is a judgment call [by the court] and not a precise science. A subjective element is invariably involved in the global assessment of the case." [para. 18.6]

[28] As might be expected in light of the Supreme Court's pronouncements, the parties are substantially *ad idem* on the applicable standard. However, they part company over its application to the case at hand.

[29] It is trite law that, in exercising the jurisdiction conferred by s. 686(1)(a)(i), the court must resist the temptation of engaging in a process by which it: (1) assesses probative value one item of evidence at a time; and (2) discards each item that, on its own, fails to contribute to the case for the prosecution. Indeed, while the court must consider each item of evidence, it must ultimately make a decision based upon the cumulative probative effect of all of the evidence (see *R. v. Robinson*, 2003 BCCA 353, [2003] B.C.J. No. 1380 (QL), para. 40, *R. v. Smith*, 2003 ABCA 308, [2003] A.J. No. 1320 (QL), para. 14 and *R. v. Shaoulle*, 2015 SKCA 101, [2015] S.J. No. 492 (QL), Jackson and Ottenbreit JJ.A., for the majority, affirmed 2016 SCC 16, [2016] S.C.J. No. 16 (QL)).

[30] It is equally axiomatic that the appellant bears the burden of establishing verdict unreasonableness for s. 686(1)(a)(i) purposes. In my respectful view, the appellant has not discharged that burden. I come to that conclusion without factoring into the equation the defence's considered decision to abstain from making a motion for a directed verdict of acquittal. I do, however, have in mind the presumption that jurors will follow legal instructions, and that "they can be trusted to properly weigh the evidence" and abstain from drawing "irrational and speculative conclusions from relevant evidence" (see *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433, at para. 56). I am likewise alive to the wisdom of the views expressed by Dickson C.J.C. in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, [1988] S.C.J. No. 40 (QL), that "[t]he very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists <u>and who bring to the legal process a healthy measure of common sense</u>" (p. 692) (emphasis added).

[31] But for our order of a new trial, I would now set out in detail the evidence and the inferences the jury, taking a commonsensical view of the record as a whole, might reasonably have relied upon in reaching its verdict. As the respondent rightly points out, intermediate appellate courts are generally expected to provide reasons for their substantive decisions, the objective being a record that provides the aggrieved party

the means to launch an informed challenge and, ultimately, allows meaningful review by the Supreme Court of Canada.

[32] However, in the present case, the appellant, the only party adversely affected by our rejection of his plea for an acquittal pursuant to s. 686(1)(a)(i), submits the Court should refrain from providing a detailed exposition of the evidence and inferences the jury could have reasonably relied upon in reaching its verdict. His stated reasons are two-fold: (1) a detailed exposition might well work against ensuring the largest number of potential jurors remain open minded for the re-trial; and (2) he is "satisfied with the brief reasons for dismissing the ground of unreasonable verdict provided in the Court's oral reasons […] on October 24".

[33] The appellant draws to our attention several decisions in support of the view that appellate courts will generally eschew an extensive review of the evidence where a new trial has been ordered. *R. v. Jolicouer*, [1981] O.J. No. 13 (C.A.) (QL), *R. v. R.W.*, [1993] O.J. No. 855 (C.A.) (QL), *R. v. Katwaru*, [2001] O.J. No. 209 (C.A.) (QL), and *R. v. McIntyre*, 2012 ONCA 356, [2012] O.J. No. 2375 (QL), are cited as examples of this approach. The appellant argues the same approach should be taken where, as here, the rejection of a complaint of verdict unreasonableness is accompanied by an order for a new trial based upon legal error (see *R. v. Barbon*, [1986] B.C.J. No. 2904 (C.A.) (QL), at para. 13, per Hutcheon J.A., *R. v. Faulkner*, [1997] O.J. No. 4613 (C.A.) (QL), at para. 13, per Goudge J.A., *R. v. Michelin*, 2002 NFCA 30, [2002] N.J. No. 140 (QL), at para. 1, per Cameron J.A., *R. v. F.*, 2006 NSCA 42, [2006] N.S.J. No. 138 (QL), at paras. 99-101, per Cromwell J.A. (as he then was) and *César-Nelson v. R.*, 2014 QCCA 1129, [2014] Q.J. No. 5324 (QL), at paras. 110-112, per Rochon J.A.). I endorse the appellant's submission, and offer only the following general observations on the issue of verdict reasonableness.

[34] The jurors were not required to check their common sense at the courtroom door. Thus, the trial judge quite properly instructed them they were entitled to come to common sense conclusions based on the evidence they accepted. He reminded

the jurors they were not limited to a consideration of the evidence referenced by him or the lawyers, but that they could "find the facts only on the basis of evidence". Most importantly, the judge warned the jurors against reasoning based on speculation. He specifically instructed them not to speculate, guess or make up theories without supporting evidence and carefully explained the difference between speculation and inference.

[35] As noted in my introductory remarks, the jury's verdict is based on circumstantial evidence and, as is typically the case with most, if not all, convictions untethered to direct proof of guilt, there are gaps in the evidential puzzle (see, for example, *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1001). Those gaps were identified and emphasized by defence counsel in their address to the jury. They were also highlighted by the judge in his charge. In its written submission, the respondent acknowledges the case for verdict reasonableness brings into play a myriad of elements, which, viewed individually, may appear at first blush to be devoid of probative value. However, the respondent goes on to make the point that, once those elements are contextualized and their cumulative impact is appreciated, there arises a sufficiently compelling case for consideration by the jury, and for a sustainable verdict of guilty as charged. I agree.

[36] Indeed, the jury could reasonably reject the appellant's innocent "explanation" for items of potentially incriminating evidence, as well as the defence's take on the evidence and its theory of the case. Conversely, the jury could reasonably conclude the prosecution's theory regarding the identity of the murderer had been established beyond any reasonable doubt. As posited, once it assembled the pieces of the evidential puzzle provided by the admissions, the evidence, and the inferences that could properly be drawn from that evidence, the jury could reasonably conclude a sufficiently revealing portion of the portrait of one, and only one, killer emerged, that of the appellant. This conclusion is not foreclosed by "judicial experience".

[37] I have come to that view without placing on the scales the fact that the appellant chose to abstain from making a motion for a directed verdict of acquittal. That said, in truly borderline cases, such a decision may be helpful, at the very least, in determining whether the verdict "conflicts with the bulk of judicial experience" (see *R. v. W.H.*, at para. 28). After all, counsel for the defence occupies a ring-side seat during the presentation of the evidence to the jury and, for that reason, he or she has an unparalleled awareness of the manner in which oral testimony both favorable and adverse to the accused is delivered, the impact of that testimony in real time and whether the interplays of individual pieces of the evidential puzzle are likely perceived as connections or mere coincidences. In the present case, defence counsel are experienced criminal litigators and their considered decision to forego a motion for a directed verdict of acquittal provides a measure of comfort for the conclusion I have independently reached on the application of "judicial experience" for s. 686(1)(a)(i) purposes.

[38] At the end of the day, respect for and compliance with the settled standard for the exercise of appellate power under s. 686(1)(a)(i) leads inexorably to the conclusion that the jury's guilty verdict is neither unreasonable nor unsupported by the evidence. That being so, an acquittal by this Court would be wholly inappropriate. I now turn to the grounds of appeal that are put forward as bases for a new trial.

B. *Complaints of legal error at trial*

(1) Admissibility of evidence

[39] With respect to the grounds of appeal that take issue with the admissibility and admission of certain items of evidence, specifically the "call detail records", the evidence derived from forensic testing of the brown Hugo Boss jacket and "communications" between the appellant and his wife, I am in agreement with the trial judge's rulings and the supporting reasons he has provided (see *R. v. Oland*, 2015 NBQB 245, [2015] N.B.J. No. 325 (QL) (Ruling No. 4: September 2, 2015), *R. v. Oland*, 2015 NBQB 243, [2015] N.B.J. No. 312 (QL) (Ruling No. 2: June 10, 2015), *R. v. Oland*, 2015

NBQB 247, 446 N.B.R. (2d) 317 (Ruling No. 6: September 10, 2015)). Nothing further need be said on point.

(2) Misdirection on what evidence might be inconsistent with Anthony Shaw's timeframe estimate for the murder-related noises

[40] The victim's office was located on the second floor of an office building at 52 Canterbury Street in Saint John. On the evening of July 6, 2011, Anthony Shaw and John Ainsworth were working in the premises of Printing Plus on the ground floor, when they heard noises coming from the victim's office. It seems a fair assumption that the noises (an initial thump or loud crash followed by numerous thumps for 10 seconds or so) were related to the murderous assault underlying the charge of second degree murder.

[41] The appellant left the office building at 52 Canterbury Street at approximately 6:30 p.m. Mr. Shaw testified he heard the noises between 7:30 and 8:00 p.m. at which time the appellant was shopping with his wife in Rothesay, a 15 to 20 minute drive away. However, Mr. Ainsworth was not willing to confine the noises to the period between 7:30 and 8:00 p.m. He testified they could have occurred at any time between 6:00 and 8:00 p.m. In other words, the noises could have taken place while the appellant was at his father's office.

[42] The trial judge concluded the appellant was entitled to an acquittal if Mr. Shaw's timeframe for the noises was accepted or if it left the jury with a reasonable doubt. He therefore gave the jury an adapted *R. v. W.(D.)* instruction (see [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL)) for Mr. Shaw's testimony, in addition to the standard *R. v. W.(D.)* instruction in connection with the appellant's own evidence.

[43] Correlatively, the trial judge invited the jurors to consider the extent to which Mr. Shaw's evidence with respect to the time of the murder-related noises was consistent with or inconsistent with other evidence. He then gave as an example of possibly inconsistent evidence that the victim "for some reason or reasons, was not

responding to text messages and phone calls on and between 6:44 p.m. and 7:19 p.m. that evening, which is approximately 45 minutes to an hour before the time Anthony Shaw said he heard the noises coming from [the victim's] office". The appellant contends the victim's lack of response could not, on any view of the evidence, be inconsistent with Mr. Shaw's time-of-death testimony. I respectfully disagree.

[44] The trial judge rightly concluded there was some evidence from which the jury could infer the victim's lack of response was inconsistent with Mr. Shaw's time-of-death testimony. The evidence and available inferences included the following: (1) it was the victim's first full day back at the office following an extended fishing trip; (2) he worked all day until the appellant arrived; (3) the victim and his mistress were in the process of planning a holiday trip the very next day; (4) the victim had told his secretary to leave the air conditioner on as he was going to be "there for a while" (5) the victim's apparent computer inactivity after the appellant arrived at the office; (6) the testimony of Mr. Shaw's companion, John Ainsworth, that the murder-related noises could have taken place before Mr. Shaw's timeframe estimate for their occurrence; and (7) the presence of the victim's iPhone 4 several kilometers away from his office well before Mr. Shaw's timeframe estimate for the noises in question.

[45] At any rate, the trial judge instructed the jurors that it was their view and understanding of the evidence that mattered, not his. He also instructed them that credibility and reliability were issues within their exclusive domain as judges of the facts. Obviously, the jury did not find Mr. Shaw's timeframe for the noises to be reliable.

(3) Prosecutorial speculation and the rule in *Browne v. Dunn*

[46] The appellant also complains the trial judge failed to direct the jury that three features of the prosecution's closing argument were "mere" speculation or unfair by reason of a related failure to abide by the rule in *Browne v. Dunn*. The three features were: (1) the suggestion that the appellant's motive to kill could have been the victim's negative reaction to a plea for financial assistance and/or a reference to his extramarital

affair; (2) the suggestion of fabrication for the appellant's claim (one never advanced before his testimony at trial) that his purpose for returning to the office a second time (acknowledged for the very first time in his testimony) was to retrieve a logbook he had forgotten; and (3) lying about his purpose for attending at Renforth Wharf after leaving his father's office, instead of going directly home as requested by his ailing wife. The appellant testified he stopped at Renforth Wharf in the hopes of seeing his children who, he alleged, might be swimming nearby. This evidence was, no doubt, offered to counter the suspicion the jury might entertain that the stop was designed to dispose of incriminating evidence.

[47] The appellant did not take issue with Crown counsel's address to the jury on any of these points, except for a surmised conversation between the appellant and the victim on the subject of financial relief. Be that as it may, I am of the view there was some evidence for Crown counsel's arguments, none of which offended common sense, and the trial judge rightly concluded they did not stray from the field of appropriate advocacy. If they had, I have no doubt he would have intervened.

[48] As for the alleged breach or breaches of the rule in *Browne v. Dunn*, the trial judge dealt with the issue in the exercise of undoubted discretionary powers. In that regard, I make mine the views expressed by Watt J.A. on behalf of the Court in *R. v. Quansah*, 2015 ONCA 237, [2015] O.J. No. 1774 (QL):

> Whether the rule in *Browne v. Dunn* is offended by failure to cross-examine on a specific matter in a particular case cannot be determined in the abstract. Each case is different. The rule is flexible, not rigid. It is rooted in fairness. Reasonable people may differ about on which side of the line a failure to cross-examine on a particular point falls. A trial judge should be accorded considerable deference on a decision about its application. A trial judge has a reserved seat at trial. We have a printed record. [para. 101]

[49] Before testifying, the appellant was fully cognizant of the theory of the Crown and he was aware of the evidence and inferences Crown counsel would likely

underscore in his address to the jury. Plainly stated, the appellant knew what matters he needed to deal with in his direct examination (see *R. v. Gillis*, 2014 NBCA 58, 426 N.B.R. (2d) 1, at paras. 108-110, leave to appeal denied [2014] S.C.C.A. No. 496 (QL)). I am satisfied the trial judge properly exercised his discretion and discern no ground for principled appellate interference on the basis of this complaint.

[50] At the hearing, it was also argued Crown counsel at trial (who, it bears recording, did not represent the respondent on the appeal) breached his prosecutorial duty by expressing a personal opinion regarding the circumstances surrounding the commission of the offence. The breach would have occurred when Crown counsel advised the jury he would deal with "what we believe actually happened" when the appellant was left alone with his father.

[51] Crown counsel must avoid expressing personal opinions regarding the evidence and, perforce, the guilt of the accused. The law on point is set out in *R. v. Michaud (F.)* (1995), 161 N.B.R. (2d) 215, [1995] N.B.J. No. 207 (C.A.) (QL), at paras. 37-46 and *R. v. Hahn*, [1995] B.C.J. No. 1472 (C.A.) (QL), at para. 26. However, given the overall context, I am satisfied the jury would have understood from the expression "we believe" that Crown counsel was simply making a submission. While the expression in question may have been infelicitous, it bears no resemblance to the reprehensible conduct of Crown counsel in the cases cited by the appellant, *R. v. Michaud* and *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86, [1991] S.C.J. No. 6 (QL). In my view, there is absolutely no merit to the complaints of inappropriate conduct by Crown counsel at trial.

(4) <u>The instructions on post-offence conduct evidence</u>

[52] What was traditionally called "post-offence conduct" evidence is now commonly identified as "after-the-fact conduct" or "after-the-event conduct" evidence. However, the concerns that gave rise to the new descriptors are not in play here. There is no doubt that an offence was committed when the appellant's father was killed in his

office on July 6, 2011, hence the use of the traditional expression "post-offence" in these reasons.

[53] I begin the substantive discussion of this topic by rejecting the appellant's complaint that the trial judge erred in finding his false statement regarding the navy jacket as well as the dry-cleaning of the brown Hugo Boss jacket were events capable in law of amounting to inculpatory post-offence conduct evidence. Contrary to the appellant's contention, the jury could reasonably conclude his false statement regarding the navy blazer was a lie and not an honest mistake as he alleged. Moreover, there was evidence from which the jury could infer the appellant was involved in the delivery of the jacket to the dry cleaners. And finally, given the totality of the evidence, both events were relevant and could justifiably be made available for consideration by the jury in accordance with proper instructions.

[54] It is the appellant's alternative submission that a new trial is necessary because proper instructions were not provided. He contends the charge to the jury features a critical misdirection in connection with his false statement to the police that he was wearing a navy blazer. Video evidence showed conclusively and the appellant admitted at trial he was wearing a brown Hugo Boss jacket when he attended at 52 Canterbury Street. Forensic testing subsequently confirmed the presence of the victim's blood and DNA on that jacket.

[55] There is no gainsaying this contradiction's importance in the prosecution's arsenal at trial. Indeed, the suggestion that the appellant lied about the jacket he took to his father's office figured prominently in Crown counsel's opening and closing statements.

[56] Crown counsel's opening statement features these observations on point:

> When the accused was asked what he was wearing when he visited Richard Oland's office on July 6th, 2011 he told the Saint John Police Officer conducting the interview he was

> wearing a navy blazer. You will hear from Maureen Adamson that the accused was not wearing a navy blazer when he arrived at Richard Oland's office on July 6th, 2011. But was in fact wearing a brown sports coat or brown sports jacket. You will also see this as the accused was captured by security cameras earlier in the [day] wearing a brown sports coat. You might ask so what, why does this matter? During the course of the accused July 7, 2011 interview he was informed that search warrants would be executed. After the interview the accused left the police station at approximately 11:00 p.m. on July 7, 2011. The very next morning Friday, July 8th, 2011 at 9:08 a.m. a number of items of clothing were dropped off at VIP Dry Cleaners in Rothesay, New Brunswick under the account of Lisa Oland the accused's spouse. Specifically 2 sports coats, 1 pair of pants were dropped off for dry cleaning and 16 dress shirts to be laundered. A pick up date for the very next day Saturday, July 9th, 2011 was arranged. On July 14, 2011 a search warrant was executed at 58 Gondola Point Road in Rothesay the home of the accused. Located in the men's closet of the master bedroom during that search was a brown sports jacket, the only brown sports jacket seized at the residence. This brown sports jacket still had attached to it a dry cleaning tag with details linking it back to the order taking into VIP Dry Cleaners in Rothesay on July 8th, 2011 on the account name of Lisa Oland. There were many items both from the scene at 52 Canterbury Street in Saint John and from the accused home in Rothesay, New Brunswick which were forensive(ph) – forensically analyzed and tested. Chief among those was the brown sports jacket seized at the accused residence on July 14, 2011. On that brown sports jacket with the dry cleaning tag still attached, four areas of blood were found. You will hear that DNA reporting scientists who then tested those four areas of DNA – for DNA, excuse me. They will testify that at – at each of those four locations a DNA profile was found. That DNA profile matched that of Richard Oland.

[57] The issue was raised once again in Crown counsel's closing address:

> In his statement to police the accused indicated three times he was wearing a navy blazer. The evidence is clear that he was in fact wearing a brown sports jacket. He didn't hesitate when he provided his response. There was no [hesitation] in his response, there was no confusion, no

> ambiguity in the accused's response. The accused testified that he was simply mistaken when asked as to the color of his jacket he wore on July 6th, 2011. He explained that he had just made a general assumption that because he was wearing khaki pants that he would have been wearing a blue blazer. This explanation lacks any foundation when you take into account that he wore khaki pants on July 6th with a brown sports jacket, not a blue blazer. If you wish to look for it you will notice that that answer is at 7:43:33 [of the video-taped statement]. We suggest that the accused is aware that he may have been seen on security cameras. He was aware that there was a chance that the police would be looking for the clothing he wore on July 6th, 2011. <u>We suggest that his response of wearing a navy blazer was an attempt to mislead the police in their investigation and provide him the opportunity to destroy any evidence that may be found on his brown sports jacket</u>.
>
> [Emphasis added.]

[58] Crown counsel's final set of statements to the jury included a reference to the appellant's false statement to the police that he was wearing a navy blazer. Crown counsel segued with a reminder that the victim's blood and DNA were found on the brown Hugo Boss jacket the appellant "now" admitted to wearing. The final summation was then punctuated with this submission:

> Ladies and Gentlemen of the jury, we submit that the only logical conclusion, inescapable conclusion is that Dennis Oland killed his father and he should be found guilty for what he did.

[59] Clearly, the debate over this ground of appeal is not about some inconsequential piece of evidence.

[60] It is common ground that no accused is entitled to a perfectly instructed jury. However, the appellant, like all who elect to be tried by judge and jury, had the right to a properly instructed jury. The approach that informs appellate review of a judge's charge to determine if the jury has been properly instructed is well known; it is context-

driven, functional and focused on substance, not form (see *R. v. O'Brien*, 2003 NBCA 28, 257 N.B.R. (2d) 243, at paras. 25-26, where the authorities are collected).

[61] Recall the only live issue at trial was the identity of the murderer. Intent and included offences were not in the mix. There were only two verdicts under consideration: guilty or not guilty of second degree murder. The prosecution was asking the jury to infer from the appellant's "lie" about the jacket and other circumstantial evidence that he was the murderer.

[62] Post-offence conduct evidence encompasses acts of the accused, both physical and verbal, that are relevant to a live issue at trial. Evidence of this nature is typically tendered by the prosecution as circumstantial evidence the trier of fact may rely upon, along with other incriminating evidence, to conclude the case for conviction has been established beyond a reasonable doubt. In *R. v. Bradey*, 2015 ONCA 738, [2015] O.J. No. 5713 (QL), Watt J.A. captures the distinctiveness of post-offence conduct evidence with a memorable turn of phrase: it is "circumstantial evidence that looks backward from what happened later to something that occurred before" (para. 165).

[63] It has long been recognized that post-offence conduct evidence carries "an elevated risk of speculative and prejudicial reasoning" (see David M. Paciocco, "Simply Complex: Applying the Law of 'Post-Offence Conduct' Evidence" (2016), 63 Criminal Law Quarterly 275, at p. 281). In that thoughtful article, Justice Paciocco, delves at length on the dangers posed by post-offence conduct evidence:

> Those dangers arise, in part, because in many "post-offence conduct" cases, including the evasion cases and demeanour cases, the decision-maker is invited to take what the accused person has done or failed to do, to infer from that what is in the mind of the accused, and to then draw significance from this inference in resolving an event that happened in the past.
>
> To be sure, there is nothing unusual about decision-makers reasoning their way into the mind of the accused. We do so regularly when we circumstantially resolve *mens rea*

> issues. The material difference, however, is that "post-offence conduct" is not temporally linked to the planning and execution of the crime. It can therefore lack the context that enables confident inferences to be drawn. Effectively, post-offence conduct evidence tends to invite decision-makers to pose as psychologists by using after-the-fact conduct to read the mind of the accused, and then use the fruits of that psychological excavation to write the history of that prior event.
>
> Each of these processes invites the risk of error. First, the psychological excavation is predicated upon generalizations or even stereotypes about how normal people would react, creating the risk of wrongful convictions for someone who does not comport to the perceived "norm".
>
> Second, the re-creation of events from the implied mental state thought to be discovered enhances the risk that illogical or speculative inferences will be drawn, given that the significance of "post-offence conduct" is often ambiguous.
>
> In evasion cases these risks are enhanced. The reasoning that evasion evidence typically invites, involves inferring guilt to draw conclusions about guilt. As indicated, either the decision-maker is being asked to reason that the accused is acting the way a guilty person would act and must therefore be guilty, or that the accused is betraying knowledge of their guilt through their action, and must therefore be guilty. Either way, when evidence of evasive "post-offence conduct" is offered the decision-maker is usually being invited to join the Crown in forming an opinion about the ultimate issue of guilt. The law has long-recognized the risk of short-circuiting proper reasoning by presenting ultimate issue evidence. True to form, judicial experience has shown that this kind of evidence is seductive, and dangerous. "[T]here is a risk that jurors [and I would add, judges] might jump too quickly from post-offence conduct to an inference of guilt. [pp. 282-283]
>
> [Emphasis added.]

Lies by an accused with potentially inculpatory value are considered acts of "evasion" just as much as, for example, assuming a false name, changing one's appearance, hiding

or disposing of evidence (see *R. v. Ruddick*, [1980] O.J. No. 1534 (C.A.) (QL) and *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, [1998] S.C.J. No. 57 (QL), at para. 19).

[64] In *R. v. Laliberté*, 2016 SCC 17, [2016] S.C.J. No. 17 (QL), Wagner J., writing for the Court, confirms juries must be instructed that only a fabricated alibi can support "an inference of consciousness of guilt" (para. 3). Citing, among other leading decisions, *R. v. O'Connor*, [2002] O.J. No. 4410 (C.A.) (QL), Justice Wagner adds there must be evidence aside from the finding of falsity itself for a jury to conclude fabrication occurred.

[65] Evidence of lies by an accused in the aftermath of and in relation to the offence charged that are proffered by the Crown as circumstantial evidence in support of its case stands to be treated like false alibi evidence. The condition precedent to probative value is precisely the one articulated in *R. v. Laliberté*: fabrication or concoction.

[66] *R. v. Coutts*, [1998] O.J. No. 2555 (C.A.) (QL), leave to appeal denied [1999] 1 S.C.R. xii, is one of the leading cases on this subject. It involved an appeal by Coutts and Middleton against their conviction for arson. The case for the prosecution was circumstantial resting on evidence that a fire was deliberately set inside an apartment, that Middleton had motive (his poor relations with the landlord), and that both Middleton and Coutts gave false statements to the police from which consciousness of guilt could be inferred. Both appellants submitted the verdict was unreasonable and that they should be acquitted. They also argued in favour of a new trial, taking issue with the trial judge's instructions on the consciousness of guilt arguably arising from their statements. Both appeals were allowed. A new trial was directed for Middleton, and a verdict of acquittal was entered for Coutts. The Court held the trial judge erred in his instructions regarding consciousness of guilt. In this regard, Doherty J.A., writing for the Court, drew a distinction between out-of-court statements by the accused that are disbelieved and rejected for that reason, and out-of-court statements by the accused which are concocted to avoid culpability:

This court has repeatedly drawn a distinction between statements made by an accused (or the testimony of an accused), which are disbelieved and, therefore, rejected and those statements or testimony which can be found to be concocted in an effort to avoid culpability. The former have no evidentiary value; the latter can constitute circumstantial evidence of guilt: *R. v. Davidson, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424-428 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1974] S.C.R. viii; *R. v. Mahoney* (1979), 50 C.C.C. (2d) 380 at 389 (Ont. C.A.), aff'd without reference to this point (1982), 67 C.C.C. (2d) 197 (S.C.C.); *R. v. Sandhu* (1989), 50 C.C.C. (3d) 492 at 499-501 (Ont. C.A.); *R. v. Levy* (1991), 62 C.C.C. (3d) 97 at 100-103 (Ont. C.A.); *R. v. Witter* (1996), 105 C.C.C. (3d) 44 at 52-53 (Ont. C.A.). In an oft quoted passage from *Mahoney, supra*, Brooke J.A. said, at p. 389:

> If the jury accepted the evidence of the Crown witnesses that the appellant was the killer, disbelief of the appellant's denial was inevitable, but that disbelief could not be treated as an additional item of circumstantial evidence to prove guilt. In my view, the jury ought not, routinely, to be instructed with respect to the inferences that may be drawn from the fabrication of a false alibi in the absence of a proper basis for that instruction, as for example, where there is extrinsic evidence of fabrication, or where the appellant has given different versions as to his whereabouts, one of which must be concocted.

The words of Brooke J.A. apply with equal force to statements made by an accused which are not in nature of an alibi, e.g. see *R. v. Levy, supra*; *R. v. Sandhu, supra*.

This distinction between statements which are disbelieved and, therefore, rejected and those which can be found to be concocted and capable of providing circumstantial evidence of guilt cannot be justified as a pure matter of logic. In many, if not most cases, the inference of concoction flows logically from the disbelief of an accused's statements or testimony. The distinction made in *Mahoney* is, however, fully justified and, indeed, essential to ensure that the trier of fact properly applies the burden of proof in cases where statements of an accused are tendered or an accused testifies. If triers of fact were routinely told that they could

> infer concoction from disbelief and use that finding of concoction as evidence of guilt, it would be far too easy to equate disbelief of an accused's version of events with guilt and to proceed automatically from disbelief of an accused to a guilty verdict. That line of reasoning ignores the Crown's obligation to prove an accused's guilt beyond reasonable doubt. By limiting resort to concoction as a separate piece of circumstantial evidence to situations where there is evidence of concoction apart from evidence which contradicts or discredits the version of events advanced by the accused, the law seeks to avoid convictions founded ultimately on the disbelief of the accused's version of events: *R. v. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538, per Ryan J.A. at 556, per Southin J.A. at 561; *R. v. Pleich* (1980), 55 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.). [paras. 13-15]

[67] A few years later, in *R. v. Blazeiko*, [2000] O.J. No. 1819 (C.A.) (QL), the Court noted a false statement, even if deliberate, cannot, without independent evidence of concoction or fabrication, provide circumstantial evidence of guilt. The jury must be told that it cannot rely on a deliberately false statement as a piece of circumstantial evidence on the Crown's side of the scales unless there is independent evidence that the statement was concocted. Moreover, the jury must be directed to any item of independent evidence from which it might infer concoction.

[68] The most referenced case in this area of the law, *R. v. O'Connor*, followed suit in 2002. It involved an appeal from conviction for second degree murder. The victim died after being shot in the head and chest with a shotgun. In the ensuing investigation, the police found blood and another material on the appellant's truck that matched the victim's DNA. On several occasions, the appellant told the police he had been at a club at the time of the offence and had then driven across the border to Buffalo. There was substantial evidence contradicting those statements. The Ontario Court of Appeal allowed the appeal, and ordered a new trial, *inter alia*, on the grounds that the trial judge erred in his instruction to the jury with respect to the appellant's statements to the police. Specifically, the trial judge committed reversible error in failing to mention that the requirement for independent evidence of fabrication could not be met by evidence

showing the statements to be false. The trial judge also erred in failing to clearly direct the jury as to what evidence could constitute evidence of fabrication and in suggesting that the evidence led to contradict the appellant's statements was capable of establishing fabrication. O'Connor A.C.J.O., writing for the Court, made the following insightful remarks:

> Many of the cases address the need for evidence of fabrication in situations where it is an accused's alibi that is disbelieved; some cases, however, refer to the requirement applying to disbelieved exculpatory statements generally. I see no reason to distinguish the approach taken to disbelieved statements that constitute alibis and those that are otherwise exculpatory. In my view, the requirement for evidence of fabrication before any adverse inference may arise applies equally to both kinds of statements. In analyzing the evidentiary value of a disbelieved statement that is not an alibi, however, the court will need to have regard to the content of what it is that is disbelieved and the connection of the disbelieved statement to the offence charged.
>
> The distinction between mere disbelief and a finding of fabrication has regard to the fundamental principle that the onus of proof remains on the Crown throughout a criminal trial and helps ensure that the trier of fact properly applies the burden of proof in cases where statements of an accused are tendered or an accused testifies. The distinction reduces the risk that a trier of fact may blur the need for the Crown to prove the offence charged beyond a reasonable doubt with the failure of the accused to provide a credible defence. The distinction also recognizes the danger that a trier of fact may attach undue weight to the rejection of an accused's explanation and may move too readily from mere disbelief to a finding of guilt. As was pointed out by Gibbs J. in *Steinberg v. Com'r of Taxation (Cwth.)* (1875), 134 C.L.R. 640 at p. 695, cited in *R. v. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538 (B.C.C.A.) at p. 553: "The fact that a witness [even the accused] is disbelieved does not prove the opposite of what he asserted."
>
> In *Coutts, supra*, Doherty J.A. explained the rationale underlying the rule as follows at pp. 551-52:

> If triers of fact were routinely told that they could infer concoction from disbelief and use that finding of concoction as evidence of guilt, it would be far too easy to equate disbelief of an accused's version of events with guilt and to proceed automatically from disbelief of an accused to a guilty verdict. That line of reasoning ignores the Crown's obligation to prove an accused's guilt beyond a reasonable doubt. By limiting resort to concoction as a separate piece of circumstantial evidence to situations where there is evidence of concoction apart from evidence which contradicts or discredits the version of events advanced by the accused, the law seeks to avoid convictions founded ultimately on the disbelief of the accused's version of events.

Despite the fact that in many cases an inference of fabrication will flow logically from disbelief of an accused's statement, the policy underlying the distinction between disbelief and the finding of fabrication militates against using disbelief to infer fabrication. The courts have, therefore, attached the requirement that a finding of fabrication must be founded on evidence that is independent from the evidence which contradicts or discredits the accused's version of events: *R. v. Hibbert*, *supra*, at p. 151; *R. v. Coutts*, *supra*, at p. 552; and *R. v. Tessier*, *supra*, at p. 556.

<u>The need for independent evidence of fabrication applies both to the testimony of an accused at trial which is disbelieved as well as to an out-of-court statement which is found to be untrue</u>: *R. v. Coutts*, *supra*, at pp. 550-52. However, in my view, there is an important difference in what is capable of constituting independent evidence of fabrication in the two different circumstances.

The cases make it clear that when it is an accused's testimony which is disbelieved, the circumstance in which the accused gave the disbelieved version of events – as part of the trial process itself – is not considered to be independent evidence of fabrication permitting an adverse inference against the accused: *R. v. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184 at p. 187 (Ont. C.A.); and *R. v. W.(D.)* (1991), 63 C.C.C. (3d) 397 (S.C.C.). Before an adverse inference may be drawn, there must be evidence capable of showing fabrication apart from both the evidence

contradicting the accused's testimony and the fact that the accused is found to have testified falsely at the trial.

On the other hand, I am satisfied that it is open to a trier of fact to consider evidence of the circumstances in which an accused made an out-of-court statement which is disbelieved as independent evidence to show that the accused fabricated the statement. The difference in approach to disbelieved testimony and disbelieved out-of-court statements turns both on the policy reasons underlying the requirement for independent evidence of fabrication as well as on the potential evidentiary value of the circumstances in which the two types of statements are made.

When an out-of-court statement of an accused is introduced into evidence it does not have the same immediate connection to the trial itself as an accused's testimony and for that reason, even if shown to be false, it does not present the same threat that the trier of fact will confuse mere disbelief with affirmative evidence of guilt and improperly lessen the burden on the Crown.

In addition, the circumstances in which an accused, or a person who eventually becomes an accused, makes an out-of-court statement which is found to be untrue may have an evidentiary value that is not present in the circumstance where an accused testifies and is disbelieved. False exculpatory statements made by a person upon being informed that a crime has been committed will in some circumstances be consistent with that person being conscious of having committed the crime and may point to guilt in the same way that other after-the-fact conduct such as flight, a threat to a witness, or concealment of evidence can be probative of guilt. The circumstances in which a false statement is made may show an intent to mislead the police or others or an intent to deflect suspicion and may be evidence of a conscious mind that he or she has committed an offence. When a court is addressing the admissibility of evidence contradicting an accused's out-of-court statement, it will be required to determine if there is independent evidence of fabrication, but in doing so, the court may consider the circumstances in which the allegedly false statement was made. If those circumstances tend to support a conclusion that the accused made a false statement because he or she was conscious of having committed the

> offence, then those circumstances may be used as independent evidence of fabrication.
>
> I recognize that the practical effect of permitting the circumstances in which an accused's allegedly false out-of-court statement is made to be used as evidence of fabrication will in most cases result in treating such statements in the same manner as other after-the-fact conduct, i.e. if the fact that the accused told a false version of events is probative of guilt then it is admissible. Because of that, I considered whether there is any need to extend the independent evidence of fabrication requirement to out-of-court statements of an accused. I have concluded that there is for two reasons. First, the case law to this point in time does not draw a distinction between disbelieved out-of-court statements and disbelieved testimony. Second, and perhaps more importantly, I think that the court should proceed with great care in considering the use that may be made of disbelieved statements of an accused whenever they are made. Although the dangers that triers of fact may misuse an accused's disbelieved statement is less when the statement is made out-of-court than it is when the accused's version of events is given in evidence, there nonetheless remains a danger. <u>The requirement that the court always approach the disbelieved out-of-court statement within the analytical paradigm of requiring independent evidence of fabrication provides a prudent and desirable safeguard that disbelieved out-of-court statements will not assume a more prominent evidentiary role than is warranted</u>. [paras. 18-27]
> [Emphasis added.]

[69] In *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445, at paragraph 67, the majority offers a helpful summary of the principles that come into play where the defence of alibi is rejected. As postulated, those principles also apply to evidence of post-offence lies by the accused, which is tendered in support of the case for conviction. I reproduce the parts of that summary that are pertinent to the issue at hand: (1) in the absence of evidence of concoction a statement by the accused that is disbelieved has no evidentiary value; (2) a disbelieved statement is insufficient to support an inference of concoction; (3) there must be <u>other</u> evidence from which a jury, acting reasonably, could conclude the statement was concocted; (4) where there is evidence that a statement was concocted, that evidence may be used by the jury to support an inference of consciousness of guilt; (5)

where that inference is available to the jury, it may, but need not be drawn; and (6) a concocted statement is not conclusive evidence of guilt. It should go without saying that jury instructions harmonious with those principles would have passed muster in the case at bar.

[70] I conclude this Cook's tour of the salient jurisprudence with *R. v. Tanasichuk*, 2007 NBCA 76, 321 N.B.R. (2d) 44, leave to appeal denied [2009] S.C.C.A. No. 18 (QL). In that case, the appellant challenged his conviction for the first degree murder of his wife, who was last seen alive on January 15, 2003. Eleven days later, the appellant reported her missing to the police. In the meantime, he told family and acquaintances she had gone to visit friends in Saint John. Approximately five months later, his wife's decomposed body was found in a wooded area. She had been shot in the head three times. The case against the appellant at trial rested upon circumstantial evidence, and Crown counsel contended the appellant's post-offence statements were lies he concocted to avoid culpability and, as such, betrayed a consciousness of guilt that gave rise to inculpatory circumstantial evidence. The Court allowed the appeal and ordered a new trial on the grounds, among others, that the trial judge's instructions failed: (1) to clearly delineate the difference between evidence leading only to disbelief of the appellant's post-offence statements and independent evidence of concoction; (2) to make plain that mere disbelief of the appellant's statements did not constitute evidence from which guilt might be inferred; (3) to warn the jurors those statements could not be used as circumstantial evidence supportive of the Crown's case unless they found they were concocted on the basis of evidence independent of the evidence showing the statements to be false; and (4) to outline what evidence was capable of constituting independent evidence of concoction. In delivering the Court's reasons, Richard J.A. made observations that bear repeating, given their pertinence to the appellant's complaint of misdirection:

> It is now a well-established principle of law that, before any adverse inference may arise from an accused's exculpatory statement that is disbelieved, there is a requirement that the statement be shown to have been concocted.

[…]

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.

[…]

Once the statements were admitted, the Crown was allowed to invite the jury to infer consciousness of guilt based on the submission that these had been concocted. It became incumbent on the trial judge to clearly instruct the jury on the manner in which this evidence could be used. Here again, I turn to O'Connor A.C.J.O.'s analysis in *O'Connor*. In cases where fabrication is alleged and a jury will be invited to infer consciousness of guilt, the trial judge should instruct the jurors "that it is open to them to find that the accused fabricated the exculpatory version of events because he or she was conscious of having done what is alleged and that they may use that finding, together with other evidence, in determining if the Crown has proven the case beyond a reasonable doubt" [para. 37]. Moreover, it is essential that a trial judge clearly set out the difference between evidence leading only to disbelief and independent evidence of fabrication and that the judge "carefully outline what evidence is capable of constituting independent evidence of fabrication" [para. 38].

[…]

With respect, these instructions do not meet the requirement for a clear instruction to enable the jury to grasp the difficult concept that is the difference between evidence leading only to disbelief and independent evidence of fabrication. My conclusion in this regard results primarily from the judge's failure to clearly set out the difference between the two types of evidence. Granted, the jury was told that it was for them to decide whether Mr. Tanasichuk fabricated the statements to avoid suspicion. However, nowhere is the jury clearly told that mere disbelief of Mr. Tanasichuk's out-of-court statements does

> not constitute evidence from which guilt may be inferred. Nor did the judge explain that before these statements can be used as circumstantial evidence to be weighed with other evidence in determining whether the Crown has proven its case against Mr. Tanasichuk, the jury was required to find evidence of fabrication independent of the evidence showing the statements to be false. Without this critical instruction, the trial judge's charge to the jury could only have served to confuse the issue.
>
> […]
>
> It is because of the extremely powerful effect of a finding of fabrication that a clear instruction is of critical importance. With respect, I cannot hold that the instruction given in this case meets that requirement. Because the trial judge neither explained the need for independent evidence of fabrication nor pointed out that this requirement means evidence apart from the evidence showing the statements to be false, the jury was deprived of a crucial element that should have formed part of the analytical framework pursuant to which this potentially "extremely powerful" evidence was to be assessed. [paras. 61, 63, 66, 68 and 70]
>
> [Emphasis added.]

The respondent did not invite the Court to re-visit and overrule its decision in *R. v. Tanasichuk*. At any rate, it is in line with the principles affirmed in the cases cited hereinabove, most significantly *R. v. Laliberté*, and numerous other decisions, including *R. v. Pomeroy*, 2008 ONCA 521, [2008] O.J. No. 2550 (QL), *R. v. Paul*, 2009 ONCA 443, [2009] O.J. 2184 (QL), *R. v. Hazel*, 2009 ONCA 389, [2009] O.J. No. 1818 (QL), *Delisle v. R.*, 2013 QCCA 952, [2013] Q.J. No. 3433 (QL), at para. 74, *R. v. Bradey*, at paras. 165-174, and *R. v. Shafia*, 2016 ONCA 812, [2016] O.J. No. 5627 (QL) at para. 285.

[71] In sum, courts have developed rules to deal with evidence of false alibis and out-of-court lies by the accused in the aftermath of and in relation to the offence charged. They have done so because of the risk of prejudicial impact on trial fairness associated with that kind of evidence.

[72] There is nothing "special" about these rules. They were fashioned in the time-honored judicial tradition of providing guidelines designed to encourage verdicts that are the end point of a chain of reasoning informed by logic and relevant evidence, as well as the presumption of innocence and the proper application of the burden of proof. Experience teaches us that not all lies are rational or thought through. Some are simply foolish. As the Supreme Court of Canada has acknowledged, an accused may lie "for an entirely innocent reason such as panic, embarrassment or fear of false accusation": *R. v. White* (1998), at para. 22.

[73] If the jury found the appellant's statement regarding the jacket he took to his father's office was a lie, and not merely an honest mistake as he claimed, the following rules came into play: (1) the lie, without more, was not evidence that could assist the prosecution in establishing guilt; (2) the lie could be used by the jury to support an inference of consciousness of guilt if, and only if, it was concocted by the appellant for the purpose of concealing his participation in the offence of second degree murder of his father. In this context, concoction connotes contrivance; a concocted lie is one that is made up after giving the matter some thought and, as such, it is distinguishable from an unconsidered, albeit intentional, falsehood; (3) a finding of concoction could not be made by the jury simply because the appellant lied; it could be made only if it was established by evidence independent of the evidence proving he lied; (4) if the inference of consciousness of guilt was available to the jury, it may, but need not be drawn; (5) a concocted lie is not conclusive evidence of guilt; and (6) the judge's charge should, through its general or specific instructions, or a combination of both, substantially reflect the foregoing and include an adumbration of the requisite independent evidence upon which the jury may, but need not, draw an inference of concoction.

[74] In my respectful view, the charge to the jury misses the mark on this important issue: indeed, it gave the judge's imprimatur to a consideration by the jurors of the appellant's "lie" as inculpatory evidence without impressing upon them that this was permissible only if they found, on the basis of independent evidence, that the "lie" was concocted. Here are the problematic instructions:

> […] evidence of what a person said or did after an offence was committed may help you decide whether it was that person who committed it. It may help or it may not. For example, an intentionally false or misleading statement made by a person after a crime has been committed or conduct that involves attempting to destroy or hide potential evidence after a crime has been committed will, in some circumstances, be evidence from which it can be inferred that the person is attempting to mislead the police and deflect suspicion away from himself or herself because the person actually committed the offence. What a person said or did after an offence was committed is a type of circumstantial evidence. Like any circumstantial evidence, it is for you to say what inference should be drawn from the after the fact conduct evidence. You may use this evidence, along with all the other evidence in the case, in deciding whether crown counsel has proven guilt beyond a reasonable doubt. But you must not infer guilt from this evidence unless, when you consider it together with the rest of the evidence, you are satisfied beyond a reasonable doubt that guilt is the only rational inference that can be drawn from all the evidence. As circumstantial evidence, evidence of after the fact statements or conduct has only an indirect bearing on the issue of guilt. You must be careful about inferring guilt on the basis of evidence of after the fact statements or conduct because there might be other explanations for that statement or conduct, something innocent, unconnected with participation in the offence charged. You may use evidence of after the fact statements or conduct along with other evidence to support an inference of guilt only if you have rejected any other explanation [for] any such statements or conduct.
>
> […]
>
> The two pieces of evidence that the Crown referred to as after the fact evidence from which they ask you to draw an inference against Dennis Oland are as follows. Number one, the direct evidence that during his interview he told the police he was wearing a navy blazer when in fact he was wearing a brown one, and number two, the circumstantial evidence that the brown jacket was dropped off the very next morning following that interview after he had been told that the police suspected him in the crime and were intending to get search warrants against him and that blood and his father's DNA was later found on that jacket.

You should consider the issue in steps. As for what he told the police, you must first consider whether what Dennis said was related to the commission of the offence charged or to something else. You must be careful not to immediately conclude that what he said was related to the commission of the offence charged rather than to something else. To decide the reason why Dennis said he was wearing a navy blazer, you should consider all of the evidence. Of particular importance is any evidence that offers other explanations for what Dennis said. In his testimony he acknowledged that he was mistaken. He explained to the effect that he was under the stress of the interview and the very recent loss of his father. He attributed him saying it was a navy blazer to having worn a navy blazer the morning of July the 7th, which is confirmed by the security video at the Kent store. He also said that the brown sports jacket and navy blazer are his go to jackets in the summer. And he said that when you look down and see khaki pants, as he was then wearing, you naturally think of a navy blazer. At least that is how I understood him. As well, <u>in considering whether what Dennis said was an intentional lie or an honest mistake</u>, you have the evidence that Dennis was advised by the police before he was asked about what he was wearing that they would be looking at surveillance videos. On the other hand, you have to consider that he was only being asked to remember what he wore the day before, not sometime well into the past. And you might also consider that when he was asked by the police what he was wearing he did not appear to hesitate and apparently got everything else correct, including the description of the shirt he would have been wearing. In other words, you may think that of the articles of clothing he might have difficulty remembering it would have been the shirt, particularly given the number of dress shirts that he appears to have possessed. And you are also entitled to consider what was later found on the brown jacket in the overall consideration of whether Dennis Oland was genuinely mistaken or was attempting to mislead the police. You must not use this evidence about what Dennis Oland said about the colour of the jacket in deciding or helping you decide that Dennis Oland committed the offence charged unless you reject any innocent explanation you may find for it. If you do not or cannot find that what Dennis Oland said was related to the commission of the offence charged, you must not use this evidence in deciding or in helping you decide that Dennis Oland committed the

> offence charged. On the other hand, if you find that what Dennis Oland said about the jacket he was wearing was related to the commission of the offence charged, not to something else, an innocent explanation, you may consider this evidence, together with all the other evidence in the case, in reaching your verdict.
>
> [Emphasis added.]

[75] The appellant does not take issue with the arguably incorrect general proposition that "an intentionally false or misleading statement [in common parlance, a lie] made by a person after a crime has been committed or conduct that involves attempting to destroy or hide potential evidence after a crime has been committed will, in some circumstances, be evidence from which it can be inferred that the person is attempting to mislead the police and deflect suspicion away from himself or herself because the person actually committed the offence" (emphasis added). I say "arguably incorrect" because of the observation in *R. v. Laliberté* that "the fabrication of an alibi supports an inference of consciousness of guilt, but no more than that" (para. 3) (emphasis added). Logically, there is no difference between a fabricated alibi and a concocted lie when it comes to permissible inferences. However, the resolution of this question will be for another day since it is not required to dispose of the appeal.

[76] Be that as it may, vigorous objection is voiced regarding the trial judge's failure to specify what "circumstances" had to exist before the appellant's "lie" could be considered probative of his identity as the murderer, whether on the basis of "consciousness of guilt" or otherwise. As can be seen from the excerpt of the charge reproduced hereinabove, the judge instructed the jurors that, if they found the appellant's inaccurate statement was an "intentional lie", which was related to the commission of the murder, they could "consider this evidence, together with all the other evidence in the case, in reaching [their] verdict". With respect, that instruction was prejudicial to the defence and is erroneous in law.

[77] The expression "intentional lie" is pleonastic. Most people understand that all lies are intentional. Thus, the jury would have understood the expression "intentional

lie", as used in the charge, referred to a lie, plain and simple. Moreover, if the jury found the appellant's statement regarding the jacket was a lie, it could, no doubt, fairly easily conclude the lie was made in relation to the commission of the murder. In the result, the jury could have considered the lie as inculpatory evidence without having to cross the significant hurdle posed by the requirement of concoction, and its proof by "independent" evidence. As mentioned, the deliberations lasted some 30 hours, and the "bare" lie may well have provided the argument that brought to the Crown's side one or more wavering jurors. I now pause to consider an issue raised at the hearing, which is whether juries must also be instructed a finding of concoction cannot be made on the basis of evidence they view as pointing to guilt.

[78] In "Simply Complex: Applying the Law of 'Post-Offence Conduct' Evidence", Justice Paciocco ventures the opinion that jurors should be instructed that "in determining whether [a] statement has been fabricated, they cannot rely upon Crown evidence that they may believe shows the accused to be guilty" (p. 315). I respectfully disagree, all the while recognizing the quoted opinion accords with the views expressed by Ryan J.A. in *R. v. Tessier*, [1997] B.C.J. No. 515 (C.A.) (QL):

> It seems to me that the reason we look for independent evidence that the accused fabricated his story is two-fold. In the first place as my colleague Rowles J.A. has pointed out the reasoning is circular if there is no independent proof: "The weight of the Crown's evidence admits of no doubt therefore the accused is not telling the truth. The accused is not telling the truth therefore the Crown's case admits of no doubt." In the second place, because the evidence that the accused has fabricated a story can be used as part of the Crown's case against him, care must be taken in finding that the alibi was concocted. <u>There must be a solid evidentiary base of fabrication. It is not unreasonable to demand that this evidence be found independently of the other evidence of the proof of the crime.</u>
>
> <u>If evidence of fabrication need be found only in the evidence which proves the offence then in every case where the accused testifies (alibi or not) there would be no reason not to permit a jury to use their finding that the</u>

> accused has been untruthful as part of the Crown's case against him. That does not accord with any articulation of the law that I know of. [paras. 68-69]
>
> [Emphasis added.]

[79] However, and significantly, in *R. v. Hibbert*, the majority reproduced this excerpt from *R. v. Tessier* without endorsing the proposition that the evidence of fabrication must be found "independently of the other evidence of the proof of the crime". In my view, the animating concerns dissipate where the instructions identify for the jury the evidence from which concoction may be inferred. That is the approach taken in Model 27(b) in Watt's *Manual of Criminal Jury Instructions*, 2nd ed. (Toronto, Ont.: Carswell, 2015) at p. 343.

[80] Because the Crown's case rested, to a significant extent, on the proposition that the appellant's assertion with respect to the jacket was a lie and, as such, circumstantial evidence supportive of its theory, a charge that incorporated a suitably adapted version of Model 27(b) would have been appropriate (see para. 73 hereinabove). That said, I do acknowledge such an instruction can have a powerful effect on the jury's deliberations. Nevertheless, judicial decisions stand to be made in accordance with the law, and a tailored Model 27(b) set of instructions would have offered protection to the appellant against the risk of a leap from "bare" lie to guilt. In that regard, recall the following observations in *O'Connor*:

> The requirement that the court always approach the disbelieved out-of-court statement within the analytical paradigm of requiring independent evidence of fabrication provides a prudent and desirable safeguard that disbelieved out-of-court statements will not assume a more prominent evidentiary role than is warranted. [para. 27]

[81] It bears underscoring that Crown counsel suggested the trial judge formulate instructions inspired by Model 27(b), but to no avail. Presumably, Crown counsel was prepared to offer an inventory of the requisite "independent" evidence that percolated from the record.

[82] Of course, if the record did not reveal any "independent" evidence from which concoction might be inferred, the judge would have had to instruct the jury the appellant's "lie" about the jacket could not be used as inculpatory evidence. He did not. I can only assume that course of action was followed because the judge was satisfied there was "independent" evidence of concoction. That is likewise my view.

[83] One of the hypotheses floated at the hearing was that the jury could have inferred the requisite concoction from the appellant's video-taped statement to the police in which the "lie" about the navy blazer was put forward. On that view, the jury could have found the "lie" was concocted as part of a pattern of inaccurate assertions in relation to his attendance at his father's office and suggestions designed to divert suspicion in the direction of others, known and unknown. On the re-trial, the burden will be on Crown counsel to draw from the new evidential record an inventory of the "independent" evidence, if any, and one would expect the issue to be fully debated.

[84] As for the defence, it did not formally object to the trial judge's decision to remove the issue of concoction from the jury. This is quite understandable given its contention the appellant's false statement could not reasonably be interpreted as anything other than an honest mistake and, as such, could not be left with the jury as potentially inculpatory evidence. The trial judge disagreed with that contention, as I do. Nonetheless, the defence's failure to object to the trial judge's rejection of instructions substantially compliant with Model 27(b), a decision on a question of law, cannot prejudice the appellant's case on appeal.

[85] Concoction is a question of fact, and the judge's instructions did not entrust its determination to the triers of fact, the jurors, with appropriate guidance and assistance. In my respectful view, this failure constitutes an error of law, and it pertains to an issue of significant importance.

[86] There remains the option of applying the curative proviso. Section 686(1)(b)(iii) reads as follows:

686 (1) On the hearing of an appeal against a conviction [...] the court of appeal	686 (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité […] la cour d'appel :
(b) may dismiss the appeal where	b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :
(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred[.]	(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit[.]

[87] The case-law on point and the controlling principles are collected in *Haché v. R.*, 2007 NBCA 79, 323 N.B.R. (2d) 254, per Richard J.A., for the majority, at paras. 104-110.

[88] The jury could find the appellant's description of the jacket he took to his father's office was a lie, as the Crown contended. That contention was an important component of the Crown's theory that the appellant was the murderer.

[89] The trial judge's erroneous instructions in respect of that "lie" constitute a serious error of law and the respondent has not drawn our attention to other parts of the charge that might have provided corrective input to the jury. Bluntly stated, my view is there are none.

[90] Nor is this a case where the evidence pointing to guilt is so overwhelming that the outcome would necessarily have been the same, with or without the error.

[91] Applying the principles set out in *Haché v. R.* and the several authoritative pronouncements reproduced therein, I conclude the curative proviso has no application.

III. Conclusion

[92] It is for these reasons that I joined my colleagues in dismissing the appellant's plea for an acquittal pursuant to s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* and in ordering a new trial.

Version française des motifs de décision de la Cour rendus par

LE JUGE DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] Le 24 octobre 2016, notre Cour a rejeté le plaidoyer de l'appelant en vue d'obtenir un acquittement en application du ss-al.686(1)a)(i) du *Code criminel*, mais a fait droit à sa demande en vue d'obtenir un nouveau procès. À ce moment-là, la Cour a présenté un résumé de ses motifs de jugement. Il vaut la peine de répéter ce résumé ne serait-ce qu'en guise d'introduction.

[2] L'appelant conteste sa déclaration de culpabilité pour le meurtre au deuxième degré de son père, une décision qui a été prise à l'issue d'un long procès au cours duquel l'appelant a témoigné et le jury a rendu un verdict de culpabilité. La victime, qui était âgée de 69 ans, avait été battue à mort dans son bureau au centre-ville de Saint John tôt dans la soirée du 6 juillet 2011.

[3] La seule question à trancher au procès portait sur l'identité du tueur. Les jurés ont conclu à l'unanimité qu'il s'agissait de l'appelant. Ils sont venus à cette conclusion après que le juge leur ait fait un examen complet de la preuve et donné des instructions sans erreur quant à la présomption d'innocence, à l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable, à leur rôle de juges des faits et à la différence entre les spéculations inadmissibles et les inférences acceptables. En outre, leur verdict faisait suite à ce qui suit : (1) les exposés des avocats des deux parties qui ont remué ciel et terre pour énoncer leur position respective sur la preuve ou le manque de preuve, et leurs théories contradictoires au sujet de l'affaire; et (2) des délibérations qui ont duré quelque 30 heures.

[4] L'appelant prétend que le verdict est « déraisonnable » au sens du ss-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel* et soutient que la Cour devrait l'annuler sur ce

fondement et l'acquitter. Avec égards, nous ne sommes pas de cet avis. Voici nos motifs, en version abrégée.

[5] Il faut reconnaître que le verdict du jury est fondé sur une preuve circonstancielle. Il n'y a aucune preuve irréfutable. Comme dans le cas de la plupart des déclarations de culpabilité, sinon toutes, qui sont rendues en l'absence de preuve directe de la culpabilité même, il manque des pièces au casse-tête de la preuve. Les avocats de la défense ont insisté sur ces pièces manquantes dans leur exposé au jury et le juge les a soulignés dans ses directives au jury. Le jury était très conscient de ces pièces manquantes lorsqu'il a entamé son examen de la preuve et a délibéré sur la question de savoir si la culpabilité de l'appelant avait été prouvée hors de tout doute raisonnable. Le processus n'a pas été précipité; comme je l'ai mentionné précédemment, le jury a délibéré pendant 30 heures. À notre humble avis, après avoir assemblé les pièces du casse-tête de la preuve que formaient les aveux, les éléments de preuve et les inférences qu'il pouvait à bon droit tirer sur le fondement de ces éléments de preuve, il était raisonnable pour le jury de conclure qu'il révélait une partie suffisante du portrait d'un tueur : le portrait de l'appelant. Cette conclusion n'est pas contraire à notre expérience judiciaire.

[6] Selon la prétention de rechange de l'appelant, la Cour devrait ordonner la tenue d'un nouveau procès sur le fondement de décisions erronées sur la preuve, plus particulièrement en ce qui concerne l'[TRADUCTION] « enregistrement détaillé des appels », la preuve tirée d'une analyse criminalistique du veston Hugo Boss brun fraîchement nettoyé à sec saisi de sa résidence et des « communications » avec sa femme. À notre sens, les décisions du juge du procès étaient correctes et, par conséquent, les moyens d'appel à ce sujet ne sont pas fondés.

[7] Finalement, l'appelant fait valoir que la tenue d'un nouveau procès s'impose du fait que le juge a donné des directives gravement erronées au jury, notamment relativement à la déclaration postérieure à l'infraction que l'appelant a faite à la police au sujet du veston qu'il portait lorsqu'il s'est rendu au bureau de son père tôt

dans la soirée du 6 juillet 2011. L'accusé a dit à la police qu'il portait un veston bleu marine, mais des enregistrements vidéo montraient de façon concluante qu'il portait effectivement le veston Hugo Boss brun, un fait que l'appelant a admis au procès. Une analyse criminalistique a par la suite confirmé la présence de sang et d'ADN de la victime sur ce veston. Au procès, le ministère public a affirmé que cette déclaration, qui a été reconnue comme étant erronée, était un mensonge conçu pour écarter les soupçons sur l'appelant et constituait ainsi de la preuve circonstancielle dont le jury pouvait tenir compte pour conclure que l'appelant était le tueur, hors de tout doute raisonnable.

[8] Le juge du procès a dit aux jurés que la question qu'il fallait se poser était celle de savoir si la description inexacte, par l'appelant, du veston était une erreur de bonne foi ou un [TRADUCTION] « mensonge intentionnel » lié à la perpétration de l'infraction reprochée. Il a indiqué aux jurés que, s'il s'agissait d'un mensonge intentionnel, ils pouvaient en tenir compte, avec l'ensemble de la preuve présentée dans l'affaire, pour rendre un verdict de culpabilité. Le juge du procès a fait ces observations après avoir indiqué aux jurés qu'une [TRADUCTION] « déclaration intentionnellement fausse […] constituera, dans certaines circonstances, un élément de preuve à partir duquel on peut tirer une inférence que [l'auteur] tente de fourvoyer la police et d'écarter les soupçons […] parce qu'il a effectivement commis le crime ». Il est significatif que le juge du procès n'a pas expliqué aux jurés que, même s'ils concluaient que la déclaration erronée de l'appelant était un mensonge, elle n'avait aucune valeur probante à moins qu'ils ne concluent, sur le fondement d'autres éléments de preuve indépendants de cette conclusion, que le mensonge avait été fabriqué ou inventé en vue de cacher sa participation dans le meurtre de son père.

[9] La conduite d'un accusé à la suite d'une infraction peut aider à établir la culpabilité. Cependant, parce que la signification de certains types de conduite postérieure à l'infraction, telle que la fabrication de faux alibis ou de mensonges, peut être facilement exagérée et que leur survenance peut être mal appliquée, particulièrement par des non-juristes, des règles de droit ont été établies en vue de protéger contre le risque d'un effet préjudiciable sur l'équité du procès. Ces règles peuvent être résumées de la

façon suivante : (1) un faux alibi ou un mensonge, sans plus, ne constitue pas un élément de preuve pouvant aider le ministère public à prouver la culpabilité; (2) un faux alibi ou un mensonge peut constituer un élément de preuve incriminante dans le seul cas où, en plus de constituer un mensonge intentionnel, il a été fabriqué ou inventé par l'accusé en vue de cacher son rôle ou sa participation dans l'infraction dont il est accusé. Un mensonge fabriqué ou inventé est un mensonge tissé après réflexion et, en tant que tel, il se distingue d'un mensonge spontané, irréfléchi ou inconsidéré; (3) dans ce contexte, on ne peut conclure à la fabrication ou à l'invention simplement parce que l'accusé a menti; il doit y avoir d'autres éléments de preuve indépendants de cette conclusion sur lesquels le juge des faits peut se fonder pour conclure à la fabrication ou à la concoction; et (4) des directives au sujet de ce qui précède sont essentielles et doivent être accompagnées par un renvoi à la preuve indépendante à partir de laquelle le jury pourrait raisonnablement inférer la fabrication ou l'invention.

[10] Malheureusement, le juge du procès n'a pas appliqué ce cadre et, par conséquent, les instructions qu'il a données au jury relativement à un élément clé du casse-tête de la preuve sont fondamentalement défectueuses. Les jurés pourraient bien avoir conclu que l'appelant avait menti au sujet du veston qu'il portait puis, à la fin de leurs délibérations, extrait de cette seule conclusion l'élément convaincant à la source de leur verdict.

[11] À notre sens, l'intimée n'a pas réussi à établir le bien-fondé de son argument visant l'application du ss-al. 686(1)b)(iii), la disposition réparatrice, et nous sommes donc obligés d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[12] Nous nous attendrions à ce que ce nouveau procès soit considérablement plus court que le premier, étant donné le travail déjà accompli ainsi que l'expérience et les connaissances acquises par la police, les avocats et la magistrature, et compte tenu de l'approbation inconditionnelle de notre Cour à l'égard des décisions sur la preuve du juge du procès qui ont été contestées en appel.

[13] Au moment de la présentation du résumé qui précède, nous avions indiqué que des motifs plus détaillés seraient déposés, dans les deux langues officielles, dès que cela serait raisonnablement possible. Voici ces motifs.

II. Les questions à trancher

A. *Le caractère déraisonnable du verdict*

[14] La contestation du verdict pour cause de déraisonnabilité, pour peu qu'on en prouve le bien-fondé, supposerait un acquittement pur et simple et interdirait donc la tenue d'un nouveau procès. Autrement dit, toutes les procédures engagées contre l'appelant relativement à l'accusation de meurtre prendraient fin. Il s'ensuit logiquement que cette question doit être examinée, malgré le fait que la Cour ordonne la tenue d'un nouveau procès.

[15] Le sous-alinéa 686(1)a)(i) est ainsi rédigé :

686 (1) On the hearing of an appeal against a conviction [...] the court of appeal	686 (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité […] la cour d'appel :
(a) may allow the appeal where it is of the opinion that	a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :
(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence[.]	(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve[.]

(1) La position de l'appelant

[16] L'appelant souligne qu'il n'y a, en l'espèce, [TRADUCTION] « ni preuve directe ni situation donnant à penser que l'acceptation du témoignage d'un témoin serait raisonnablement susceptible de donner lieu à une déclaration de culpabilité ». L'affaire est plutôt [TRADUCTION] « un mystère fondé sur différents genres de preuves

circonstancielles », affaire que le juge chargé de déterminer la peine a qualifiée de [TRADUCTION] « complexe et difficile sur le plan des faits ». L'appelant souligne également qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire fondée sur une preuve circonstancielle renforcée par un refus de témoigner; il a témoigné et a catégoriquement nié sa culpabilité.

[17] L'appelant prétend que la preuve, envisagée à la lumière de l'expérience judiciaire, mène inévitablement à la conclusion que le verdict du jury est déraisonnable et donc, insoutenable.

[18] Les arguments qu'invoque l'appelant à l'encontre de sa déclaration de culpabilité sont énoncés dans son mémoire, aux paragraphes 186 à 193.

(2) La position de l'intimée

[19] Bien qu'elle reconnaisse que le ss-al. 686(1)a)(i) nous oblige à effectuer un examen complet de la preuve, l'intimée souligne qu'à l'issue du réexamen et de la nouvelle appréciation de la preuve qui sont requis, c'est l'effet probant de la preuve dans son ensemble qui est déterminant. À cet égard, l'intimée fait valoir que la façon dont l'appelant interprète le ss-al. 686(1)a)(i) invite la Cour à retenir une méthode d'analyse inappropriée : critiquer la valeur probante de différents éléments de preuve considérés hors contexte au lieu de se concentrer sur la valeur probante de la preuve dans son ensemble. Comme l'a souligné la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. W.H.*, 2013 CSC 22, [2013] 2 R.C.S. 180, une cour d'appel ne doit pas essayer « de trouver une explication à la décision du jury à partir du seul dossier » (par. 40). Chose tout aussi importante, la Cour ne doit pas substituer son opinion à celle du jury pour la simple raison qu'elle en arrive à des conclusions différentes après avoir effectué le réexamen et la nouvelle appréciation de la preuve qui sont nécessaires.

[20] Au moment d'exercer la compétence conférée par le ss-al. 686(1)a)(i) pour ce qui concerne le verdict d'un jury, il faut toujours se rappeler ce qui suit : (1) les

jurés ont vu et entendu les témoins, avantage que ne possède pas le tribunal de révision; (2) il est « fort possible » que les motifs pour lesquels le jury retient certains éléments de preuve et en écarte d'autres « soient directement liés à cette situation privilégiée »; (3) « il est souvent difficile, voire impossible, de dire avec précision ce qui a influé sur la conclusion finale tirée relativement à la crédibilité d'un témoignage »; et (4) « il demeure que cet exercice n'est pas nécessairement purement intellectuel et peut impliquer des facteurs difficiles à énoncer » (voir *R. c. W.H.*, aux par. 39 et 40). Je souligne incidemment que ces observations sont particulièrement pertinentes pour trancher la proposition de l'appelant voulant que le jury ait agi d'une façon déraisonnable en rejetant l'alibi que constituait l'estimation faite par Anthony Shaw du moment où il a entendu les bruits associés à l'agression meurtrière.

[21] De plus, l'intimée reconnaît d'emblée que le ss-al. 686(1)a)(i) oblige le tribunal de révision à ne pas simplement obtenir la conviction qu'il existe des preuves à l'appui du verdict et qu'il doit également déterminer si la conclusion du jury « va […] à l'encontre de l'ensemble de l'expérience judiciaire » : *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, au par. 40. L'intimée prétend, toutefois, que l'application de « l'expérience judiciaire » au contrôle qu'elle effectue ne donne pas à la Cour le pouvoir de réévaluer le témoignage de l'accusé pour le motif que sa dénégation de culpabilité est digne de foi et que rien dans le dossier ne semble incompatible avec cette dénégation (voir *R. c. W.H.*, au par. 47). Passant du général au particulier, l'intimée souligne une évidence : le caractère anodin que l'appelant prête aux différentes pièces du casse-tête de la preuve qui sont apparemment incriminantes, soit individuellement soit collectivement, a occupé le devant de la scène devant le tribunal d'instance inférieure et le jury l'a rejeté.

[22] L'argumentation de l'intimée à l'encontre d'une conclusion portant que le verdict est déraisonnable est exposée dans le détail aux paragraphes 301 à 347 de son mémoire.

B. *Les allégations d'erreurs de droit*

[23] Selon la prétention subsidiaire de l'appelant, il y aurait lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que le juge du procès a commis des erreurs de droit qui justifient l'infirmation de sa décision en admettant certains éléments de preuve fondamentaux : (1) les [TRADUCTION] « enregistrements détaillés des appels » concernant, notamment, la station de base que l'iPhone 4 de la victime a utilisée à 18 h 44 le 6 juillet 2011 (l'appelant prétend que les données contenues dans ces enregistrements constituaient une preuve par ouï-dire qui était inadmissible et dont l'effet préjudiciable l'emportait sur une quelconque valeur probante); (2) les résultats de l'analyse criminalistique du veston Hugo Boss brun (l'appelant prétend que cette analyse n'était pas permise en vertu du mandat de perquisition qui a autorisé la saisie du veston et qu'il s'ensuit que le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives que lui garantit la *Charte* a été violé. Il s'ensuivrait, selon cet argument, que tous les éléments de preuve obtenus par suite de cette analyse auraient dû être écartés conformément au par. 24(2) de la *Charte*); et (3) les communications avec son épouse (l'appelant prétend que ces communications étaient assujetties au [TRADUCTION] « privilège des confidences conjugales » et étaient donc inadmissibles).

[24] L'appelant prétend également qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en raison des erreurs de droit justifiant l'infirmation de la déclaration de culpabilité que le juge du procès a commises dans ses directives au jury. Ces erreurs auraient été commises du fait que le juge : (1) a erronément laissé entendre au jury que l'inactivité du téléphone cellulaire de la victime était [TRADUCTION] « incompatible » avec le témoignage d'Anthony Shaw sur la question du moment du décès, lequel témoignage, s'il avait été accepté, aurait établi que l'appelant n'était pas le meurtrier; (2) n'a pas mis le jury en garde contre le fait que certaines des observations finales de l'avocat du ministère public relevaient de la conjecture et étaient, de toute façon, dénuées de tout fondement étant donné qu'il avait omis d'exposer les allégations sous-jacentes à l'appelant pendant son contre-interrogatoire (l'appelant prétend que cette omission a constitué une violation de la règle établie dans l'arrêt *Browne c. Dunn* (1893), 6 R. 67

(Ch. des lords)); (3) a présenté au jury comme étant de possibles preuves relatives au comportement postérieur à l'infraction la fausse déclaration de l'appelant selon laquelle il portait un veston bleu marine au bureau de son père le jour du meurtre et le fait que le veston qu'il portait effectivement, savoir le veston Hugo Boss brun, avait été nettoyé à sec après que la police avait informé l'appelant d'une perquisition imminente à son domicile; et (4) a donné des directives erronées aux jurés concernant les conclusions qu'ils devaient tirer avant de pouvoir considérer ce comportement postérieur à l'infraction comme une preuve inculpatoire. Bien que certains de ces moyens n'aient qu'une portée théorique, aucun n'a été abandonné et tous ont été invoqués à l'audience. J'estime que certaines observations s'imposent relativement à tous ces moyens.

III. Analyse et décision

A. *Le caractère déraisonnable du verdict*

[25] Dans l'arrêt *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, [1987] A.C.S. n° 51 (QL), la Cour a conclu qu'un appel pouvait être accueilli et un acquittement inscrit conformément au ss-al. 686(1)a)(i) dans le cas où, et seulement dans le cas où, douze jurés ayant reçu les directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire n'auraient pas raisonnablement pu rendre le verdict en cause. Dans une décision subséquente, *R. c. Biniaris*, la Cour suprême a clarifié cette norme en déclarant qu'elle obligeait les cours d'appel : (1) « à examiner, à analyser et, dans la mesure où il est possible de le faire compte tenu de la situation désavantageuse dans laquelle se trouve un tribunal d'appel, à évaluer la preuve » (par. 36); et (2) à mener ce processus à bien « à la lumière de l'expérience judiciaire qui est un autre moyen d'éviter les déclarations de culpabilité injustifiées » (par. 40). Bien que cette dernière exigence confirme que le critère qui régit l'intervention en appel visée au ss-al.686(1)a)(i) est [TRADUCTION] « différent de celui que le juge du procès doit appliquer lors d'une demande de verdict imposé » (voir l'arrêt *R. c. R. (J.S.)*, 2012 ONCA 568, [2012] O.J. No. 4063 (QL), au par. 69), il ne s'ensuit pas que la décision mûrement réfléchie de la défense de s'abstenir de demander un verdict d'acquittement imposé ne veut rien dire. Je reviendrai à cette question sous peu.

[26] Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. W.H.*, la Cour suprême a jeté un éclairage utile sur le processus de révision envisagé au ss-al. 686(1)a)(i) :

> D'autre part, le tribunal d'appel ne peut se contenter d'apprécier le caractère suffisant de la preuve. Il ne s'acquitte pas de la tâche qui lui incombe en concluant qu'il existe des éléments de preuve qui, s'il leur est ajouté foi, étayent la déclaration de culpabilité. Il doit plutôt « examiner, analyser et, dans la mesure où il est possible de le faire compte tenu de la situation désavantageuse dans laquelle se trouve un tribunal d'appel, […] évaluer la preuve » (*Biniaris*, par. 36) et se demander, à la lumière de son expérience, si « l'appréciation judiciaire des faits exclut la conclusion tirée par le jury » par. 39 […]. Ainsi, pour déterminer si le verdict est de ceux qu'un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant de manière judiciaire aurait raisonnablement pu rendre, le tribunal d'appel doit se demander non seulement si le verdict s'appuie sur des éléments de preuve, mais également si la conclusion du jury ne va pas à l'encontre de l'ensemble de l'expérience judiciaire : *Biniaris*, par. 40. [par. 28]

[27] Ma compréhension de la règle applicable est résumée dans l'ouvrage de Penney, Rondinelli et Stribopoulos, intitulé *Criminal Procedure in Canada* (Markham, Ont. : LexisNexis Canada Inc., 2011), aux p. 744 et 745.

> [TRADUCTION]
> Le critère que le tribunal d'appel doit appliquer sous le régime du ss-al. 686(1)a)(i) du *Code* a été établi par la Cour suprême du Canada; il consiste à déterminer si « le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre ». Ce critère s'applique également à un juge qui préside un procès sans jury. Le juge Doherty a souligné dans l'arrêt *R. c. Mars* que lorsque le verdict repose principalement sur une preuve circonstancielle, [TRADUCTION] « la question devient celle-ci : le juge des faits, agissant d'une manière judiciaire, pourrait-il être convaincu que la culpabilité de l'accusé était la seule conclusion raisonnable susceptible d'être tirée d'après la preuve dans son ensemble? ». Lorsqu'il examine la question de savoir si un verdict est déraisonnable, le tribunal d'appel doit analyser et, dans une certaine mesure,

> apprécier de nouveau la preuve produite au procès. Le tribunal doit le faire « à la lumière de l'expérience judiciaire » qui est un autre moyen d'éviter les déclarations de culpabilité erronées. Le fardeau dont l'appelant doit s'acquitter pour établir que le verdict est déraisonnable a été qualifié de « lourd » et de « difficile ». Sur le plan pratique, [TRADUCTION] « il s'agit, au bout du compte, d'une décision [que prend le tribunal] et non d'une science exacte. L'évaluation globale de l'affaire comporte toujours un élément subjectif ». [par. 18.6]

[28] Comme on pouvait s'y attendre étant donné les jugements de la Cour suprême, les parties sont essentiellement d'accord en ce qui concerne la norme applicable. Toutefois, elles ne partagent pas le même point de vue en ce qui concerne son application à la présente instance.

[29] Il est bien établi en droit qu'au moment d'exercer la compétence conférée par le ss-al. 686(1)a)(i), la Cour doit résister à la tentation de s'engager dans un processus dans le cadre duquel elle : (1) évalue la valeur probante un élément de preuve à la fois; et (2) écarte chaque élément qui, en soi, ne contribue pas à étayer les prétentions du ministère public. En effet, bien que la Cour doive examiner chaque élément de preuve, elle doit, au final, prendre une décision fondée sur l'effet probant cumulatif de l'ensemble des éléments de preuve (voir les arrêts *R. c. Robinson*, 2003 BCCA 353, [2003] B.C.J. No. 1380 (QL), par. 40, *R. c. Smith*, 2003 ABCA 308, [2003] A.J. No. 1320 (QL), par. 14, et *R. c. Shaoulle*, 2015 SKCA 101, [2015] S.J. No. 492 (QL), les juges d'appel majoritaires Jackson et Ottenbreit, confirmé à 2016 CSC 16, [2016] A.C.S. n° 16 (QL)).

[30] Il est bien établi, également, que l'appelant a la charge d'établir le caractère déraisonnable du verdict pour les fins du ss-al. 686(1)a)(i). Je suis respectueusement d'avis que l'appelant ne s'est pas acquitté de ce fardeau. J'en arrive à cette conclusion sans prendre en compte la décision mûrie de la défense de s'abstenir de déposer une motion en vue d'obtenir un verdict d'acquittement imposé. Je tiens compte, toutefois, de la présomption portant que les jurés suivent les directives juridiques, qu'« on peut avoir confiance en la capacité des jurés d'apprécier correctement la preuve » et

qu'ils s'abstiennent de tirer « des conclusions irrationnelles ou hypothétiques d'éléments de preuve pertinents » (voir l'arrêt *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, au par. 56). Je suis également sensible à la sagesse de l'opinion qu'a exprimée le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, [1988] A.C.S. n° 40 (QL), où il a dit que « [c]e qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens » (p. 692) (c'est moi qui souligne).

[31] En ce qui concerne, toutefois, le nouveau procès que nous ordonnons, j'exposerais maintenant dans le détail les éléments de preuve et les inférences sur lesquels le jury, envisageant la preuve dans son ensemble d'une façon empreinte de bon sens, aurait pu s'appuyer pour en arriver à son verdict. Comme le souligne à juste titre l'intimée, on s'attend généralement à ce que les cours d'appel intermédiaires motivent leurs décisions sur le fond, l'objectif étant de constituer un dossier qui donne à la partie lésée les moyens d'engager une contestation mieux fondée et qui, au final, permet un contrôle valable par la Cour suprême du Canada.

[32] En l'espèce, toutefois, l'appelant, qui est la seule partie négativement touchée par le rejet de son plaidoyer en vue d'obtenir un acquittement en application du ss-al. 686(1)a)(i), prétend que la Cour devrait s'abstenir de faire un exposé détaillé des éléments de preuve et des inférences sur lesquels le jury aurait raisonnablement pu s'appuyer pour rendre son verdict. La raison qu'il invoque est double : (1) un exposé détaillé pourrait faire en sorte que l'on ne pourrait garantir que le plus grand nombre possible des candidats jurés abordent le nouveau procès sans parti pris; et (2) il est [TRADUCTION] « satisfait des brefs motifs oraux que la Cour a donnés, le 24 octobre, pour expliquer le rejet du moyen fondé sur la déraisonnabilité du verdict ».

[33] L'appelant attire notre attention sur plusieurs décisions à l'appui de l'opinion voulant que les cours d'appel s'abstiennent habituellement de faire un examen approfondi de la preuve lorsqu'un nouveau procès a été ordonné. Les arrêts *R. c.*

Jolicouer, [1981] O.J. No. 13 (C.A.) (QL), *R. c. R.W.*, [1993] O.J. No. 855 (C.A.) (QL), *R. c. Katwaru*, [2001] O.J. No. 209 (C.A.) (QL), et *R. c. McIntyre*, 2012 ONCA 356, [2012] O.J. No. 2375 (QL), sont cités en exemple de cette démarche. L'appelant fait valoir que cette même démarche devrait être adoptée lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le rejet d'une plainte selon laquelle le verdict est déraisonnable s'accompagne d'une ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès pour cause d'erreur de droit (voir les arrêts *R. c. Barbon*, [1986] B.C.J. No. 2904 (C.A.) (QL), au par. 13, le juge d'appel Hutcheon, *R. c. Faulkner*, [1997] O.J. No. 4613 (C.A.) (QL), au par. 13, le juge d'appel Goudge, *R. c. Michelin*, 2002 NFCA 30, [2002] N.J. No. 140 (QL), au par. 1, la juge d'appel Cameron, *R. c. F.*, 2006 NSCA 42, [2006] N.S.J. No. 138 (QL), aux par. 99 à 101, le juge d'appel Cromwell (tel était alors son titre), et *César-Nelson c. R.*, 2014 QCCA 1129, [2014] J.Q. n° 5324 (QL), aux par. 110 à 112, le juge d'appel Rochon). Je souscris à la prétention de l'appelant et je ne ferai que les observations générales suivantes sur la question du caractère raisonnable du verdict.

[34] Les jurés n'étaient pas tenus de laisser leur bon sens à la porte de la salle d'audience. C'est donc tout à fait à bon droit que le juge du procès leur a dit, dans le cadre de ses directives, qu'ils avaient le droit de tirer des conclusions fondées sur le bon sens à partir des éléments de preuve qu'ils acceptaient. Il a rappelé aux jurés qu'ils n'avaient pas à se limiter à un examen de la preuve évoquée par lui ou par les avocats, mais qu'ils ne pouvaient [TRADUCTION] « tirer de conclusions sur les faits qu'en s'appuyant sur la preuve ». Chose plus importante encore, le juge a mis les jurés en garde contre les raisonnements fondés sur des conjectures et des suppositions. Il leur a expressément donné comme directive de ne pas se perdre en conjectures ni faire des suppositions ou formuler des hypothèses non étayées par la preuve et il leur a soigneusement expliqué la différence entre les conjectures et les inférences.

[35] Comme je l'ai souligné dans mes remarques introductives, le verdict du jury est fondé sur une preuve circonstancielle et, comme cela est habituellement le cas de la plupart des déclarations de culpabilité, sinon toutes, qui ne s'appuient pas sur une preuve directe de la culpabilité, il y a des lacunes dans ce grand casse-tête qu'est la

preuve (voir, par exemple, *R.* c. *Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1001). Les avocats de la défense ont insisté sur ces lacunes dans leur exposé au jury. Le juge les a également soulignées dans ses directives au jury. Dans son mémoire, l'intimée reconnaît que l'établissement du caractère raisonnable du verdict fait intervenir une myriade d'éléments qui, envisagés individuellement, peuvent sembler, à première vue, dénués de valeur probante. Toutefois, l'intimée fait ensuite valoir qu'une fois ces éléments examinés dans leur contexte et leur effet cumulatif apprécié, il s'en dégage une argumentation suffisamment convaincante à soumettre à l'appréciation du jury, et à l'appui d'un verdict soutenable de culpabilité. Je souscris à sa prétention.

[36] D'ailleurs, il était raisonnable que le jury rejette l'« explication » de bonne foi fournie par l'appelant en ce qui concerne des éléments de preuve potentiellement incriminants, ainsi que la façon dont la défense interprétait la preuve et sa thèse en l'espèce. À l'inverse, il était raisonnable de la part du jury de conclure que la thèse du poursuivant concernant l'identité du meurtrier avait été établie hors de tout doute raisonnable. En tout état de cause, après avoir assemblé les pièces du casse-tête de la preuve que formaient les aveux, les éléments de preuve et les inférences qu'il pouvait à bon droit tirer sur le fondement de ces éléments de preuve, il était raisonnable pour le jury de conclure qu'il révélait une partie suffisante du portrait d'un et d'un seul tueur : le portrait de l'appelant. L'« expérience judiciaire » n'interdit pas cette conclusion.

[37] J'en suis arrivé à cette conclusion sans mettre dans la balance le fait que l'appelant a choisi de s'abstenir de déposer une motion en vue d'obtenir un verdict d'acquittement imposé. Cela dit, dans les cas véritablement limites, une décision de cette nature peut être utile, à tout le moins, pour déterminer si le verdict « va [...] à l'encontre de l'ensemble de l'expérience judiciaire » (voir l'arrêt *R. c. W.H.*, au par. 28). Après tout, l'avocat de la défense occupe une place au premier rang pendant la présentation de la preuve au jury et, pour cette raison, il a une conscience sans pareil de la façon dont les témoignages oraux tant favorables que défavorables à l'accusé sont rendus, de l'incidence de ces témoignages en temps réel et de la question de savoir si les interactions entre les pièces individuelles du casse-tête qu'est la preuve sont susceptibles d'être perçues

comme des liens ou comme de simple coïncidences. En l'espèce, les avocats de la défense sont des criminalistes expérimentés et la décision mûrie qu'ils ont prise de renoncer à une motion en vue d'obtenir un verdict d'acquittement imposé me conforte quelque peu dans la conclusion à laquelle j'en suis par ailleurs arrivé en ce qui concerne l'application du principe de l'« expérience judiciaire » pour les fins du ss-al. 686(1)a)(i).

[38] Au bout du compte, le respect envers la norme bien établie qui régit l'exercice du pouvoir que le ss-al.686(1)a)(i) confère à la cour d'appel et la conformité avec cette norme mènent inexorablement à la conclusion que le verdict de culpabilité prononcé par le jury n'est ni déraisonnable ni non étayé par la preuve. Puisque tel est le cas, notre Cour ne serait absolument pas fondée à prononcer un acquittement. J'examinerai maintenant les moyens d'appel qui sont invoqués pour justifier la tenue d'un nouveau procès.

B. *Les plaintes d'erreurs de droit au procès*

(1) L'admissibilité de la preuve

[39] En ce qui concerne les moyens d'appel où l'on conteste l'admissibilité et l'admission de certains éléments de preuve, plus précisément [TRADUCTION] l'« enregistrement détaillé des appels », la preuve tirée d'une analyse criminalistique du veston Hugo Boss brun et les [TRADUCTION] « communications » entre l'appelant et son épouse, je souscris aux décisions du juge du procès et aux motifs qu'ils a donnés à l'appui (voir les décisions *R. c. Oland*, 2015 NBBR 245, [2015] A.N.-B. n° 325 (QL) (Décision n° 4 : le 2 septembre 2015), *R. c. Oland*, 2015 NBBR 243, [2015] A.N.-B. n° 312 (QL) (Décision n° 2 : le 10 juin 2015), *R. c. Oland*, 2015 NBBR 247, 446 R.N.-B. (2e) 317 (Décision n° 6 : le 10 septembre 2015)). Il n'y a rien de plus à dire sur ce point.

(2) Les directives erronées concernant les éléments de preuve qui pouvaient être incompatibles avec l'estimation qu'a faite Anthony Shaw du moment où ont été entendus les bruits associés au meurtre

[40] Le bureau de la victime était situé au deuxième étage d'un immeuble à bureaux sis au 52, rue Canterbury, à Saint John. Le soir du 6 juillet 2011, Anthony Shaw et John Ainsworth travaillaient dans les locaux de l'entreprise Printing Plus, au rez-de-chaussée, lorsqu'ils ont entendu des bruits provenant du bureau de la victime. Il semble que l'on puisse tenir pour acquis, sans crainte de se tromper, que les bruits (un cognement initial ou un grand fracas suivi de nombreux cognements pendant environ 10 secondes) avaient un rapport avec l'agression meurtrière qui fonde l'accusation de meurtre au deuxième degré.

[41] L'appelant a quitté l'immeuble à bureaux sis au 52, rue Canterbury, aux environs de 18 h 30. M. Shaw a témoigné avoir entendu les bruits en question entre 19 h 30 et 20 heures, heure à laquelle l'appelant était en train de faire des emplettes avec son épouse à Rothesay, qui est à environ 15 à 20 minutes de voiture. M. Ainsworth, pour sa part, n'était pas disposé à limiter le moment où il a entendu les bruits à la période comprise entre 19 h 30 et 20 heures. Il a témoigné qu'ils auraient pu se produire à tout moment entre 18 heures et 20 heures. Autrement dit, les bruits auraient pu se produire pendant que l'appelant se trouvait au bureau de son père.

[42] Le juge du procès a conclu que l'appelant aurait droit à un acquittement si les jurés acceptaient l'estimation de M. Shaw en ce qui concerne le moment où les bruits ont été entendus ou si elle suscitait un doute raisonnable dans leur esprit. Il a donc donné au jury une version adaptée de la directive prescrite par l'arrêt *R. c. W. (D.)* (voir à [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL)) relativement au témoignage de M. Shaw en plus de la directive habituelle prescrite par l'arrêt *R. c. W. (D.)* relativement au témoignage de l'appelant lui-même.

[43] Corrélativement, le juge du procès a invité les jurés à se demander dans quelle mesure le témoignage de M. Shaw concernant le moment où se seraient produits les bruits associés au meurtre était compatible ou était incompatible avec d'autres témoignages ou d'autres éléments de preuve. Il a ensuite donné comme exemple d'un élément de preuve possiblement incompatible le fait que la victime [TRADUCTION] « pour une raison ou une autre, ne répondait pas aux messages texte et aux appels téléphoniques entre 18 h 44 et 19 h 19 ce soir-là, soit de 45 minutes à 1 heure, environ, avant l'heure à laquelle Anthony Shaw dit avoir entendu les bruits provenant du bureau de [la victime] ». L'appelant prétend que le fait que la victime ne répondait pas ne saurait, quelle que soit la façon dont on examine la preuve, être incompatible avec le témoignage de M. Shaw concernant l'heure du décès. En toute déférence, je ne souscris pas à cette prétention.

[44] Le juge du procès a à juste titre conclu qu'il existait certains éléments de preuve qui permettaient au jury d'inférer que l'absence de réponse de la part de la victime était incompatible avec le témoignage de M. Shaw concernant l'heure du décès. Les éléments de preuve en question et les inférences possibles étaient notamment les suivants : (1) c'était le premier jour complet que la victime passait au bureau après être rentrée d'un long voyage de pêche; (2) elle avait travaillé toute la journée jusqu'à l'arrivée de l'appelant; (3) la victime et sa maîtresse étaient en train d'organiser un voyage qui devait avoir lieu le lendemain même; (4) la victime avait dit à sa secrétaire de laisser la climatisation en marche parce qu'elle [la victime] allait être [TRADUCTION] « là encore un moment »; (5) l'inactivité apparente de l'ordinateur de la victime après l'arrivée de l'appelant au bureau; (6) le témoignage du compagnon de M. Shaw, John Ainsworth, selon lequel les bruits associés au meurtre auraient pu se produire avant le moment où M. Shaw estime qu'ils se seraient produits; et (7) la présence de l'iPhone 4 de la victime à une distance de plusieurs kilomètres de son bureau bien avant le moment où M. Shaw estime avoir entendu les bruits en question.

[45] Quoi qu'il en soit, le juge du procès a précisé aux jurés, dans le cadre de ses directives, que c'était leur opinion et leur interprétation de la preuve qui importaient,

pas les siennes. Il leur a également précisé que la crédibilité et la fiabilité étaient des questions qui étaient de leur ressort exclusif en leur qualité de juges des faits. À l'évidence, le jury n'a pas jugé que l'estimation de M. Shaw concernant le moment où les bruits ont été entendus était fiable.

(3) Les conjectures et suppositions du poursuivant et la règle énoncée dans l'arrêt *Browne c. Dunn*

[46] L'appelant se plaint également de ce que le juge du procès a omis de donner comme directive au jury que trois éléments présents dans les observations finales du poursuivant n'étaient que de [TRADUCTION] « pures » suppositions ou étaient injustes en raison d'un défaut connexe de se conformer à la règle énoncée dans l'arrêt *Browne c. Dunn*. Ces trois éléments étaient : (1) la proposition selon laquelle le motif qu'avait l'appelant de tuer pouvait être la réaction négative de la victime à sa demande d'aide financière ou à une allusion à son aventure extraconjugale; (2) la proposition selon laquelle la prétention de l'appelant (qui n'avait jamais été formulée avant son témoignage au procès) voulant que la raison pour laquelle il est revenu au bureau une deuxième fois (ce qu'il a reconnu pour la toute première fois pendant son témoignage) était qu'il voulait prendre un registre qu'il avait oublié était une fabrication; et (3) le fait qu'il aurait menti à propos de la raison pour laquelle il s'est rendu au quai Renforth après avoir quitté le bureau de son père au lieu de rentrer directement chez lui comme le lui avait demandé son épouse qui était malade. L'appelant a témoigné s'être arrêté au quai Renforth dans l'espoir de voir ses enfants qui, a-t-il prétendu, pouvaient être en train de nager non loin de là. Il ne fait aucun doute que ce témoignage avait pour but de dissiper les soupçons que les jurés pourraient entretenir quant au fait que, s'il a fait cet arrêt, c'était pour se débarrasser de preuves incriminantes.

[47] L'appelant n'a pas contesté l'exposé du ministère public au jury relativement à l'un quelconque de ces points, sauf pour ce qui concerne une hypothétique conversation entre l'appelant et la victime au sujet d'un soutien financier. Quoi qu'il en soit, je suis d'avis qu'il existait certains éléments de preuve à l'appui des arguments du

ministère public, dont aucun n'était contraire au bon sens, et que c'est à bon droit que le juge du procès a conclu qu'ils ne sortaient pas du cadre d'une plaidoirie légitime. Dans le cas contraire, il ne fait aucun doute à mes yeux qu'il serait intervenu.

[48] En ce qui concerne la prétendue violation ou les prétendues violations de la règle énoncée dans l'arrêt *Browne c. Dunn*, le juge du procès a tranché cette question dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires qui lui sont indubitablement conférés. À cet égard, je fais mienne l'opinion qu'a exprimée le juge d'appel Watt, au nom de la Cour, dans l'arrêt *R. c. Quansah*, 2015 ONCA 237, [2015] O.J. No. 1774 (QL) :

> [TRADUCTION]
> La question de savoir s'il y a eu violation de la règle énoncée dans l'arrêt *Browne c. Dunn* en raison d'une omission de mener un contre-interrogatoire sur un sujet précis dans une instance ne peut être tranchée dans l'abstrait. Chaque instance est différente. Cette règle est souple, elle n'est pas rigide. Elle est ancrée dans l'équité. Il se peut que des gens raisonnables diffèrent d'avis en ce qui concerne la question de savoir de quel côté de la ligne tombe une omission de contre-interroger sur un point précis. Le juge du procès devrait faire l'objet d'une déférence considérable lorsqu'il rend une décision sur son application. Le juge du procès a un siège réservé au procès. Nous n'avons que des documents imprimés. [par. 101]

[49] Avant de rendre témoignage, l'appelant était parfaitement au courant de la thèse du ministère public et il était au fait des éléments de preuve et des inférences que l'avocat du ministère public mettrait sans doute en évidence dans son exposé au jury. Pour dire les choses clairement, l'appelant savait de quels sujets il devait traiter dans son interrogatoire principal (voir l'arrêt *Gillis c. R.*, 2014 NBCA 58, 426 R.N.-B. (2e) 1, aux par. 108 à 110, autorisation de pourvoi refusée [2014] C.S.C.R. no 496 (QL)). Je suis convaincu que le juge a exercé son pouvoir discrétionnaire à bon droit et je ne vois rien qui justifierait une intervention légitime de notre part fondée sur cette doléance.

[50] À l'audience, on a également prétendu que l'avocat qui représentait le ministère public au procès (lequel, mentionnons-le, n'a pas représenté l'intimée en appel)

a manqué aux obligations dont il était tenu à titre de poursuivant en exprimant une opinion personnelle concernant les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise. Le manquement se serait produit lorsque l'avocat du ministère public a dit au jury qu'il traiterait de [TRADUCTION] « ce qui, croyons-nous, s'est réellement passé » lorsque l'appelant s'est trouvé seul avec son père.

[51] L'avocat du ministère public doit éviter d'exprimer une opinion personnelle concernant la preuve et, à plus forte raison, la culpabilité de l'accusé. Les règles de droit pertinentes sont énoncées dans les arrêts *R. c. Michaud (F.)* (1995), 161 R.N.-B. (2e) 215, [1995] A.N.-B. no 207 (C.A.) (QL), aux par. 37 à 46, et *R. c. Hahn*, [1995] B.C.J. No. 1472 (C.A.) (QL), au par. 26. Toutefois, compte tenu du contexte global, je suis convaincu que le jury a dû comprendre, en entendant l'expression [TRADUCTION] « croyons-nous », qu'il s'agissait d'une simple observation de la part de l'avocat du ministère public. Bien que l'expression en question ait pu être malheureuse, elle n'a aucune commune mesure avec la conduite répréhensible des avocats du ministère public dans les instances invoquées par l'appelant, savoir *R. c. Michaud (F.)* et *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86, [1991] A.C.S. no 6 (QL). J'estime que la doléance voulant qu'il y ait eu conduite répréhensible de la part de l'avocat du ministère public au procès n'a absolument aucun fondement.

(4) Les directives sur la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction

[52] Ce qu'il était traditionnellement convenu d'appeler la preuve relative au « comportement postérieur à l'infraction » est maintenant communément appelé la preuve relative au « comportement après le fait ». Toutefois, les préoccupations qui sont à l'origine de cette nouvelle appellation n'interviennent pas en l'espèce. Il ne fait aucun doute qu'une infraction a été commise lorsque le père de l'appelant a été tué dans son bureau le 6 juillet 2011, d'où l'emploi de l'expression traditionnelle « postérieur à l'infraction » dans les présents motifs.

[53] Je commence l'examen de cette question sur le fond en rejetant la doléance de l'appelant selon laquelle le juge du procès aurait commis une erreur en concluant que sa fausse déclaration concernant le veston bleu marine ainsi que le nettoyage à sec du veston Hugo Boss brun étaient des événements susceptibles, en droit, de constituer une preuve inculpatoire d'un comportement postérieur à l'infraction. Contrairement à ce que prétend l'appelant, il était raisonnable de la part du jury de conclure que sa fausse déclaration concernant le veston bleu marine était un mensonge et non une erreur de bonne foi comme il l'a prétendu. De plus, il y avait certains éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait s'appuyer pour inférer que l'appelant avait participé à la remise du veston au nettoyeur. Finalement, étant donné la preuve dans son ensemble, les deux événements étaient pertinents et le juge était fondé à les porter à l'attention du jury afin qu'il les apprécie conformément à des directives appropriées.

[54] L'appelant prétend, à titre subsidiaire, qu'un nouveau procès est nécessaire parce que des directives appropriées n'ont pas été données. Il prétend que l'exposé du juge au jury comprend une directive gravement erronée en ce qui concerne la fausse déclaration qu'il a faite à la police selon laquelle il portait un veston bleu marine. Des enregistrements vidéo montraient de façon concluante que l'appelant portait effectivement le veston Hugo Boss brun, fait que l'appelant a admis au procès, lorsqu'il s'est rendu au 52, rue Canterbury. Une analyse criminalistique a par la suite confirmé la présence de sang et d'ADN de la victime sur ce veston.

[55] On ne saurait trop insister sur l'importance de cette contradiction dans l'arsenal du poursuivant au procès. D'ailleurs, la proposition selon laquelle l'appelant avait menti à propos du veston qu'il portait lorsqu'il s'est rendu au bureau de son père a été distinctement évoquée dans l'exposé introductif et la plaidoirie de clôture de l'avocat du ministère public.

[56] Dans son exposé introductif, l'avocat du ministère public a, à cet égard, fait les observations suivantes :

[TRADUCTION]
Lorsqu'on a demandé à l'accusé ce qu'il portait lorsqu'il s'est rendu au bureau de Richard Oland le 6 juillet 2011, il a dit au policier de Saint John qui l'interrogeait qu'il portait un veston bleu marine. Vous entendrez de la bouche de Maureen Adamson que l'accusé ne portait pas un veston bleu marine lorsqu'il est arrivé au bureau de Richard Oland le 6 juillet 2011. Qu'il portait en fait une veste brune ou un veston sport brun. Vous le verrez également puisque l'accusé a été filmé par des caméras de sécurité plus tôt dans la [journée] et on peut voir qu'il portait un veston sport brun. Vous vous direz peut-être « et alors? » et vous demanderez peut-être « en quoi est-ce important? ». Pendant l'interrogatoire de l'appelant qui a eu lieu le 7 juillet 2011, celui-ci a été informé que des mandats de perquisition seraient exécutés. Après l'interrogatoire, l'accusé a quitté le poste de police aux environs de 23 heures le 7 juillet 2011. Dès le lendemain matin, le vendredi 8 juillet 2011 à 9 h 08, un certain nombre de vêtements ont été déposés chez le nettoyeur VIP Dry Cleaners à Rothesay, au Nouveau-Brunswick, et portés au compte de Lisa Oland, la conjointe de l'accusé. Plus précisément, deux vestons sport et un pantalon ont été déposés en vue d'un nettoyage à sec et seize chemises habillées afin d'être lavées. La date de reprise des articles a été fixée au lendemain même, le samedi 9 juillet 2011. Le 14 juillet 2011, un mandat de perquisition a été exécuté au 58, chemin Gondola Point, à Rothesay, le domicile de l'accusé. Pendant cette perquisition, on a trouvé, dans le placard pour homme de la chambre à coucher principale, un veston sport brun, le seul veston sport brun qui a été saisi dans la maison. Une étiquette de nettoyage à sec était toujours fixée sur ce veston sport brun et y étaient inscrits des renseignements permettant de le relier à la commande passée chez le nettoyeur VIP Dry Cleaners, à Rothesay, le 8 juillet 2011 et portée au compte de Lisa Oland. De nombreux articles provenant à la fois du lieu du crime, au 52, rue Canterbury, à Saint John et du domicile de l'accusé à Rothesay, au Nouveau-Brunswick, ont été judiciairement […] – ont fait l'objet d'une analyse et d'un examen criminalistiques. Le principal article était le veston sport brun saisi au domicile de l'accusé le 14 juillet 2011. Sur ce veston sport brun, auquel était toujours fixée l'étiquette de nettoyage à sec, on a découvert quatre endroits où il y avait du sang. Vous entendrez ces scientifiques qui ont rédigé des rapports et qui ont analysé ces quatre endroits où il y

> avait de l'ADN – qui ont effectué des tests d'ADN, excusez-moi. Ils vont témoigner qu'à – à chacun de ces quatre endroits, un profil d'identification génétique a été découvert. Ce profil correspondait à celui de Richard Oland.

[57] La question a de nouveau été soulevée pendant la plaidoirie de clôture de l'avocat du ministère public :

> [TRADUCTION]
> Dans sa déclaration à la police, l'accusé a dit à trois reprises qu'il portait un veston bleu marine. La preuve établit clairement qu'il portait en fait un veston sport brun. Il n'a pas hésité lorsqu'il a donné sa réponse. Il n'y a eu aucune [hésitation] dans sa réponse, il n'y a eu aucune confusion, aucune ambiguïté dans la réponse de l'accusé. L'accusé a témoigné s'être tout simplement trompé lorsqu'on l'a interrogé sur la couleur du veston qu'il portait le 6 juillet 2011. Il a expliqué qu'il avait simplement tenu pour acquis que parce qu'il portait un pantalon kaki, il devait avoir porté un veston bleu. Cette explication est dénuée de tout fondement si l'on tient compte du fait qu'il portait un pantalon kaki, le 6 juillet, et un veston sport brun, pas un veston bleu. Si vous souhaitez la chercher, vous remarquerez que cette réponse se trouve à 7:43:33 [de la déclaration enregistrée sur bande vidéo]. Nous faisons valoir que l'accusé savait qu'il avait peut-être été vu grâce à des caméras de sécurité. Il savait qu'il était possible que les policiers recherchent les vêtements qu'il portait le 6 juillet 2011. <u>Nous faisons valoir que sa réponse selon laquelle il portait un veston bleu marine a constitué une tentative visant à induire les policiers en erreur dans leur enquête et à lui donner la possibilité de détruire des preuves susceptibles de se trouver sur son veston sport brun</u>.
> [C'est moi qui souligne.]

[58] Lors de ses dernières remarques aux jurés, l'avocat du ministère public a mentionné la fausse déclaration que l'appelant a faite à la police selon laquelle il portait un veston bleu marine. Il leur a ensuite rappelé que le sang et l'ADN de la victime avaient été retrouvés sur le veston Hugo Boss brun que l'appelant reconnaissait

[TRADUCTION] « maintenant » avoir porté. La prétention suivante est ensuite venue ponctuer les observations finales :

> [TRADUCTION]
> Mesdames et Messieurs les jurés, nous faisons valoir que la seule conclusions logique, la seule conclusion inévitable est que Dennis Oland a tué son père et qu'il devrait être déclaré coupable de ce qu'il a fait.

[59] À l'évidence, le débat dont fait l'objet ce moyen d'appel ne concerne pas un quelconque élément de preuve sans importance.

[60] On s'entend pour reconnaître qu'aucun accusé n'a droit à un jury ayant reçu des directives parfaites. L'appelant, toutefois, à l'instar de tous ceux et celles qui choisissent d'être jugés par un juge et un jury, avait droit à un jury ayant reçu des directives appropriées. La démarche à privilégier en ce qui concerne la révision en appel de l'exposé du juge au jury afin de déterminer si celui-ci a reçu des directives appropriées est bien connue : elle dépend du contexte, elle est fonctionnelle et elle met l'accent sur le fond, pas sur la forme (voir l'arrêt *O'Brien c. R.*, 2003 NBCA 28, 257 R.N.-B. (2e) 243, aux par. 25 et 26, où les précédents pertinents sont recensés).

[61] On se rappellera que la seule question à trancher au procès était l'identité du meurtrier. L'intention et les infractions incluses n'entraient pas en jeu. Seuls deux verdicts étaient envisagés : coupable ou non coupable de meurtre au deuxième degré. Le poursuivant demandait au jury d'inférer du « mensonge » de l'appelant à propos du veston ainsi que d'autres éléments de preuve circonstancielle qu'il était le meurtrier.

[62] La preuve relative au comportement postérieur à l'infraction comprend les actes, tant physiques que verbaux, de l'accusé qui sont pertinents pour ce qui concerne une question à trancher au procès. Le poursuivant produit habituellement des preuves de cette nature à titre de preuves circonstancielles sur lesquelles le juge des faits peut s'appuyer, ainsi que sur d'autres preuves incriminantes, pour conclure que la preuve de la culpabilité a été faite hors de tout doute raisonnable. Dans l'arrêt *R. c. Bradey*, 2015

ONCA 738, [2015] O.J. No. 5713 (QL), le juge d'appel Watt a décrit le caractère distinctif de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction au moyen d'un tour de phrase mémorable : c'est [TRADUCTION] « une preuve circonstancielle qui regarde vers l'arrière et qui examine, à partir de ce qui s'est passé plus tard, une chose qui s'est passée avant » (par. 165).

[63] On reconnaît depuis longtemps que la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction comporte [TRADUCTION] « un risque élevé de raisonnement conjectural et préjudiciable » (voir l'article de David M. Paciocco, intitulé « Simply Complex: Applying the Law of 'Post-Offence Conduct' Evidence » (2016), 63 Criminal Law Quarterly 275, à la p. 281). Dans cet article réfléchi, le juge Paciocco s'étend longuement sur les risques que présente la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction :

> [TRADUCTION]
> Ces risques existent en partie parce que, dans plusieurs instances où intervient le « comportement postérieur à l'infraction », y compris celles où il y a dissimulation ou fuite et celles ressortissant au comportement du témoin, le décideur est invité à considérer ce que l'accusé a fait ou omis de faire, à en inférer ce que l'accusé avait en tête et ensuite à tirer un sens de cette inférence pour se prononcer sur un événement qui s'est produit dans le passé.
>
> Certes, il n'y a rien d'inhabituel à ce que des décideurs essaient, par raisonnement, de se frayer un chemin jusque dans l'esprit de l'accusé. Nous le faisons régulièrement lorsque nous tranchons des questions de *mens rea*, ou d'intention coupable, de façon circonstancielle. La différence importante, toutefois, tient au fait que le « comportement postérieur à l'infraction » n'a pas de lien temporel avec la planification et l'exécution du crime. Il se peut donc que le contexte qui permet de tirer des inférences avec assurance ne soit pas présent. En fait, la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction tend à inviter les décideurs à se poser en psychologues en se servant d'un comportement après le fait pour lire dans l'esprit de l'accusé et ensuite, à se servir des fruits de cette fouille psychologique pour faire le récit de cet événement antérieur.

> Chacun de ces processus comporte un risque d'erreur. En premier lieu, la fouille psychologique est fondée sur des généralisations ou même des stéréotypes quant à la façon dont réagiraient des gens normaux, ce qui crée le risque d'une condamnation injustifiée dans le cas d'une personne qui ne se comporte pas conformément à la « norme » supposée.
>
> En second lieu, la reconstitution des événements à partir de l'état d'esprit implicite que l'on pense avoir découvert accroît le risque que des inférences illogiques ou conjecturales soient tirées, étant donné que le sens de l'expression « comportement postérieur à l'infraction » est souvent ambigu.
>
> Dans les cas de dissimulation ou de fuite, ces risques sont accrus. Le raisonnement qu'invite ou auquel donne habituellement lieu la preuve de dissimulation ou de fuite consiste à inférer la culpabilité pour tirer des conclusions à propos de la culpabilité. Comme je l'ai dit, on demande au décideur de suivre un raisonnement selon lequel soit l'accusé agit comme le ferait une personne coupable, de sorte qu'il est forcément coupable, soit l'accusé trahit, par ses actes, le fait qu'il se sait coupable, de sorte qu'il est forcément coupable. Dans l'un ou l'autre cas, lorsqu'une preuve relative à un « comportement postérieur à l'infraction » consistant en de la dissimulation ou de la fuite est produite, le décideur est habituellement invité à se joindre au ministère public pour former une opinion à propos de la question ultime qu'est la culpabilité. Le droit reconnaît depuis longtemps que l'on risque de court-circuiter un raisonnement convenable en produisant des preuves sur la question ultime. Comme on pouvait s'y attendre, l'expérience judiciaire a montré que ce genre de preuve est séduisant, et dangereux. « [I]l y a un risque que le jury [et, ajouterais-je, les juges] conclue[nt] trop rapidement, à partir de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, que l'accusé est coupable ». [p. 282 et 283]
>
> [C'est moi qui souligne.]

Les mensonges d'un accusé qui ont une valeur inculpatoire potentielle sont considérés être des actes de « dissimulation ou de fuite », au même titre, par exemple, que le fait d'utiliser un faux nom, de modifier son apparence et de dissimuler ou de supprimer des

éléments de preuve (voir les arrêts *R. c. Ruddick*, [1980] O.J. No. 1534 (C.A.) (QL) et *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, [1998] A.C.S. n° 57 (QL), au par. 19).

[64] Dans l'arrêt *R. c. Laliberté*, 2016 CSC 17, [2016] A.C.S. n° 17 (QL), le juge Wagner, qui rendait jugement au nom de la Cour, a confirmé que le jury doit recevoir comme directive que seul un alibi fabriqué permet « d'inférer une conscience de culpabilité » (par. 3). Citant, parmi d'autres arrêts de principe, l'arrêt *R. c. O'Connor*, [2002] O.J. No. 4410 (C.A.) (QL), le juge Wagner ajoute qu'il doit exister d'autres éléments de preuve, indépendants de la conclusion de fausseté elle-même, qui permettent au jury de conclure qu'il y a eu fabrication.

[65] Les éléments de preuve établissant qu'un accusé a menti à la suite de l'infraction imputée et relativement à celle-ci et que le ministère public produit comme preuves circonstancielles à l'appui de ses prétentions doivent être considérés comme des preuves d'un faux alibi. La condition préalable de la valeur probante est précisément celle qui a été énoncée dans l'arrêt *R. c. Laliberté* : la fabrication ou l'invention.

[66] L'arrêt *R. c. Coutts*, [1998] O.J. No. 2555 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi refusée [1999] 1 R.C.S. xii, est un des arrêts de principe sur ce sujet. Il concernait un appel interjeté par Coutts et Middleton à l'encontre de leur déclaration de culpabilité pour incendie criminel. La preuve du ministère public était circonstancielle et consistait principalement en des éléments de preuve établissant que l'incendie avait été délibérément allumé à l'intérieur d'un appartement, que Middleton avait un motif (ses mauvaises relations avec le propriétaire) et que Middleton et Coutts avaient tous deux fait à la police de fausses déclarations permettant d'inférer la conscience de culpabilité. Les deux appelants ont prétendu que le verdict était déraisonnable et qu'ils devaient être acquittés. Ils ont également plaidé en faveur d'un nouveau procès, contestant les directives du juge du procès sur la conscience de culpabilité qui, avait-on prétendu, se dégageait de leurs déclarations. Les deux appels ont été accueillis. La tenue d'un nouveau procès a été ordonnée dans le cas de Middleton et un verdict d'acquittement a été inscrit dans le cas de Coutts. La Cour a conclu que le juge du procès avait commis une erreur

dans ses directives en ce qui concernait la conscience de culpabilité. À cet égard, le juge d'appel Doherty, qui rendait jugement au nom de la Cour, a établi une distinction entre les déclarations extrajudiciaires de l'accusé auxquelles on n'ajoute pas foi et qui sont rejetées pour ce motif, et les déclarations extrajudiciaires de l'accusé qui sont inventées afin d'éviter une déclaration de culpabilité :

> [TRADUCTION]
> Notre Cour a à maintes reprises fait la distinction entre les déclarations d'un accusé (ou le témoignage d'un accusé), auxquelles on n'ajoute pas foi et qui, donc, sont rejetées et les déclarations ou le témoignage dont on peut conclure qu'ils ont été inventés dans une tentative visant à éviter une déclaration de culpabilité. Les premières n'ont aucune valeur probante; les derniers peuvent constituer une preuve circonstancielle de la culpabilité : *R. c. Davidson, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424, à la p. 428 (C.A. Ont), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [1974] R.C.S. viii; *R. c. Mahoney* (1979), 50 C.C.C. (2d) 380, à la p. 389 (C.A. Ont.), conf. sans mention de cette question (1982), 67 C.C.C. (2d) 197 (C.S.C.); *R. c. Sandhu* (1989), 50 C.C.C. (3d) 492, aux p. 499 à 501 (C.A. Ont.); *R. c. Levy* (1991), 62 C.C.C. (3d) 97, aux p. 100 à 103 (C.A. Ont.); *R. c. Witter* (1996), 105 C.C.C. (3d) 44, aux p. 52 et 53 (C.A. Ont.). Dans un passage souvent cité de l'arrêt *Mahoney*, précité, le juge d'appel Brooke a dit ce qui suit, à la p. 389 :
>
> > [TRADUCTION]
> > Si le jury acceptait le témoignage des témoins à charge selon lequel l'appelant était le meurtrier, il était inévitable qu'il ne croie pas la dénégation de l'appelant, mais le fait que le jury n'ait pas ajouté foi à cette dénégation ne pouvait pas être considéré comme un élément de preuve circonstancielle additionnel afin de prouver la culpabilité. J'estime qu'il n'y a pas lieu de donner automatiquement au jury une directive concernant les inférences qui peuvent être tirées en s'appuyant sur la fabrication d'un faux alibi lorsque rien ne justifie vraiment cette directive, comme, par exemple, lorsqu'il existe une preuve extrinsèque de fabrication ou lorsque l'appelant a donné différentes versions en ce qui concerne ses allées et venues, versions dont une est forcément inventée.

> Les propos du juge d'appel Brooke s'appliquent tout autant aux déclarations faites par un accusé qui n'ont pas le caractère d'un alibi, voir par exemple les arrêts *R. c. Levy*, précité, et *R. c. Sandhu*, précité.
>
> Cette distinction entre les déclarations auxquelles on n'ajoute pas foi et qui sont, par conséquent, rejetées et celles dont on peut conclure qu'elles sont inventées et susceptibles de constituer une preuve circonstancielle de la culpabilité ne saurait se justifier d'un point de vue purement logique. Dans bien des cas, pour ne pas dire dans presque tous les cas, les inférences d'invention découlent du fait que l'on n'ajoute pas foi aux déclarations ou au témoignage de l'accusé. La distinction établie dans l'arrêt *Mahoney* est, toutefois, pleinement justifiée et, même, essentielle si l'on veut s'assurer que le juge des faits appliquera convenablement la charge de la preuve dans les instances où les déclarations de l'accusé sont produites ou dans celles où l'accusé témoigne. Si l'on disait automatiquement aux juges des faits qu'ils peuvent inférer qu'il y a invention s'ils n'ajoutent pas foi à une déclaration et utiliser cette conclusion d'invention comme une preuve de culpabilité, il leur serait beaucoup trop facile d'assimiler le fait de pas ajouter foi à la version des événements de l'accusé à la culpabilité et de passer directement du fait qu'ils ne croient pas l'accusé à un verdict de culpabilité. Un raisonnement de cet ordre passe outre à l'obligation du ministère public de prouver la culpabilité d'un accusé hors de tout doute raisonnable. En limitant le recours à l'invention comme élément de preuve circonstancielle distinct à des situations où il existe des preuves d'invention indépendantes des preuves qui réfutent ou discréditent la version des événements que donne l'accusé, le droit cherche à éviter les déclarations de culpabilité fondées, au final, sur le fait que l'on n'a pas ajouté foi à la version des événements donnée par l'accusé : *R. c. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538, la juge d'appel Ryan, à la p. 556, la juge d'appel Southin, à la p. 561; *R. c. Pleich* (1980), 55 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.). [par. 13 à 15]

[67] Quelques années plus tard, dans l'arrêt *R. c. Blazeiko*, [2000] O.J. No. 1819 (C.A.) (QL), la Cour a souligné qu'une fausse déclaration, même si elle est délibérée, ne peut, sans une preuve d'invention ou de fabrication indépendante, constituer une preuve circonstancielle de la culpabilité. Il faut dire aux jurés qu'ils ne peuvent

considérer une déclaration délibérément fausse comme un élément de preuve circonstancielle faisant pencher la balance du côté du ministère public à moins qu'il n'existe une preuve indépendante établissant que la déclaration est une invention. De plus, il faut porter à l'attention du jury tout élément de preuve indépendant sur lequel il peut s'appuyer pour inférer qu'il y a invention.

[68] L'arrêt le plus cité dans ce domaine du droit, l'arrêt *R. c. O'Connor*, a ensuite été rendu, en 2002. Il concernait l'appel d'une déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. La victime était décédée après avoir été abattue d'une balle à la tête et d'une balle à la poitrine au moyen d'un fusil de chasse. Pendant l'enquête qui a suivi, les policiers ont trouvé sur la camionnette de l'appelant du sang et une autre substance et ils ont établi une correspondance avec l'ADN de la victime. À plusieurs reprises, l'appelant avait dit aux policiers qu'il se trouvait à un club au moment de l'infraction et qu'il avait ensuite traversé la frontière avec sa camionnette pour se rendre à Buffalo. Il y avait des preuves substantielles qui contredisaient ces déclarations. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif, notamment, que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives au jury en ce qui concernait les déclarations que l'appelant avait faites aux policiers. Plus précisément, le juge du procès avait commis une erreur justifiant l'infirmation de la déclaration de culpabilité en omettant de préciser que l'on ne pouvait satisfaire à l'obligation de produire une preuve de fabrication indépendante en produisant une preuve établissant que les déclarations étaient fausses. Le juge du procès avait également commis une erreur en ne donnant pas de directives claires au jury relativement aux éléments de preuve susceptibles de constituer une preuve de fabrication et en lui laissant entendre que la preuve produite afin de réfuter les déclarations de l'appelant était susceptible d'établir qu'il y avait eu fabrication. Le juge O'Connor, juge en chef adjoint de l'Ontario, qui rendait jugement au nom de la Cour, a fait les remarques judicieuses suivantes :

> [TRADUCTION]
> Dans plusieurs arrêts, on évoque la nécessité d'une preuve

de fabrication dans des situations où c'est à l'alibi de l'accusé que l'on n'ajoute pas foi; dans certaines décisions, toutefois, on précise que cette exigence s'applique à toutes les déclarations disculpatoires auxquelles on n'ajoute pas foi. Je ne vois aucune raison d'établir une distinction entre la façon d'aborder les déclarations auxquelles on n'ajoute pas foi qui constituent des alibis et celles qui sont disculpatoires à d'autres égards. À mon avis, la condition qui veut qu'il existe une preuve de fabrication avant que l'on puisse tirer une inférence défavorable s'applique également aux deux genres de déclarations. En analysant la valeur probante d'une déclaration à laquelle on n'ajoute pas foi et qui ne constitue pas un alibi, toutefois, la Cour devra tenir compte de la teneur de ce à quoi on n'ajoute pas foi et du lien qui existe entre la déclaration à laquelle on n'ajoute pas foi et l'infraction reprochée.

La distinction entre le simple fait de ne pas ajouter foi à une déclaration et une conclusion de fabrication participe du principe fondamental qui veut que la charge de la preuve incombe au ministère public pendant toute la durée d'un procès criminel et contribue à garantir que le juge des faits appliquera convenablement le fardeau de la preuve dans les instances où les déclarations de l'accusé sont produites ou dans celles où l'accusé témoigne. Cette distinction réduit le risque que le juge des faits estompe l'obligation du ministère public de prouver l'infraction imputée hors de tout doute raisonnable en insistant sur le défaut de l'accusé de présenter une défense crédible. La distinction tient également compte du risque de voir le juge des faits accorder une trop grande importance au rejet d'une explication fournie par l'accusé et passer trop rapidement du simple fait qu'il ne croit pas cette explication à une déclaration de culpabilité. Comme l'a souligné le juge Gibbs dans l'arrêt *Steinberg c. Com'r of Taxation (Cwth.)* (1975), 134 C.L.R. 640, à la p. 695, cité dans l'arrêt *R. c. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538 (C.A.C.-B.), à la p. 553 : [TRADUCTION] « Le fait que l'on ne croie pas un témoin [ou même l'accusé] ne prouve pas le contraire de ce qu'il a affirmé ».

Dans l'arrêt *Coutts*, précité, le juge d'appel Doherty a ainsi expliqué, aux p. 551 et 552, la raison d'être de cette règle :

> [TRADUCTION]
> Si l'on disait automatiquement aux juges des faits

> qu'ils peuvent inférer qu'il y a invention s'ils n'ajoutent pas foi à une déclaration et utiliser cette conclusion d'invention comme une preuve de culpabilité, il leur serait beaucoup trop facile d'assimiler le fait de pas ajouter foi à la version des événements de l'accusé à la culpabilité et de passer directement du fait qu'ils ne croient pas l'accusé à un verdict de culpabilité. Un raisonnement de cet ordre passe outre à l'obligation du ministère public de prouver la culpabilité d'un accusé hors de tout doute raisonnable. En limitant le recours à l'invention comme élément de preuve circonstancielle distinct à des situations où il existe des preuves d'invention indépendantes des preuves qui réfutent ou discréditent la version des événements que donne l'accusé, le droit cherche à éviter les déclarations de culpabilité fondées, au final, sur le fait que l'on n'a pas ajouté foi à la version des événements donnée par l'accusé.

Malgré le fait que, dans bien des cas, une inférence de fabrication découle logiquement du fait que l'on n'ajoute pas foi à une déclaration de l'accusé, la politique qui sous-tend la distinction entre le fait qu'on n'ajoute pas foi à une déclaration et la conclusion de fabrication milite contre le recours au premier pour inférer la seconde. Les tribunaux ont donc ajouté une exigence portant qu'une conclusion de fabrication doit être fondée sur une preuve qui est indépendante de celle qui réfute ou discrédite la version des événements que donne l'accusé : *R. c. Hibbert*, précité, à la p. 151; *R. c. Coutts*, précité, à la p. 552; et *R. c. Tessier*, précité, à la p. 556.

La nécessité d'une preuve de fabrication indépendante s'applique à la fois au témoignage que rend l'accusé au procès et auquel on n'ajoute pas foi et à la déclaration extrajudiciaire qui est jugée être fausse : *R. c. Coutts*, précité, aux p. 550 à 552. À mon avis, toutefois, il existe une différence importante entre ce qui est susceptible de constituer une preuve de fabrication indépendante selon qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre de ces deux situations.

La jurisprudence établit clairement que lorsque c'est au témoignage de l'accusé que l'on n'ajoute pas foi, les circonstances dans lesquelles l'accusé a donné la version des événements à laquelle on n'ajoute pas foi – dans le

cadre du procès lui-même – ne sont pas considérées être une preuve de fabrication indépendante qui permet de tirer une inférence défavorable à l'accusé : *R. c. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184 (C.A. Ont) à la p. 187, et *R. c. W.(D.)* (1991), 63 C.C.C. (3d) 397 (C.S.C.). Pour qu'une inférence défavorable puisse être tirée, il doit y avoir une preuve susceptible d'établir la fabrication en dehors à la fois de la preuve qui contredit le témoignage de l'accusé et du fait que l'on conclut que l'accusé a rendu un faux témoignage au procès.

Par ailleurs, je suis convaincu qu'il est loisible au juge des faits de considérer un élément de preuve établissant les circonstances dans lesquelles un accusé a fait une déclaration extrajudiciaire à laquelle on n'ajoute pas foi comme une preuve indépendante qui tend à établir que l'accusé a fabriqué la déclaration en question. La différence dans la façon d'aborder le témoignage auquel on n'ajoute pas foi et la déclaration extrajudiciaire à laquelle on n'ajoute pas foi tient à la fois aux raisons de principe qui sous-tendent la nécessité d'une preuve de fabrication indépendante et à la valeur probante éventuelle des circonstances dans lesquelles les deux genres de déclarations sont faits.

Lorsque la déclaration extrajudiciaire d'un accusé est produite en preuve, elle n'a pas le même lien immédiat avec le procès lui-même que le témoignage de l'accusé et pour cette raison, même si l'on établit qu'elle est fausse, il n'est pas aussi risqué que le juge des faits confonde le simple fait de ne pas y ajouter foi avec une preuve positive de culpabilité et allège à tort la charge qui incombe au ministère public.

De plus, les circonstances dans lesquelles l'accusé, ou une personne qui finit par être accusée, fait une déclaration extrajudiciaire qui est jugée fausse peuvent avoir une valeur probante qui n'existe pas lorsqu'il s'agit d'un accusé qui témoigne et qui n'est pas cru. Les fausses déclarations disculpatoires que fait une personne lorsqu'elle est informée qu'un crime a été commis sont, dans certaines circonstances, compatibles avec le fait que cette personne était consciente d'avoir commis le crime et peuvent indiquer qu'elle est coupable de la même manière qu'une autre conduite après le fait, comme la fuite, une menace proférée à l'endroit d'un témoin ou la dissimulation de

preuves, tendent à prouver la culpabilité. Les circonstances dans lesquelles une fausse déclaration est faite peuvent dénoter une intention de tromper les policiers ou d'autres personnes ou une intention de détourner les soupçons et peuvent être la preuve du fait que son auteur était conscient d'avoir commis une infraction. Lorsque la Cour examine l'admissibilité d'un élément de preuve qui contredit une déclaration extrajudiciaire faite par l'accusé, elle a l'obligation de déterminer s'il existe une preuve de fabrication indépendante, mais ce faisant, la Cour peut prendre en compte les circonstances dans lesquelles la déclaration que l'on prétend fausse a été faite. Si ces circonstances tendent à étayer une conclusion selon laquelle l'accusé a fait une fausse déclaration parce qu'il était conscient d'avoir commis l'infraction, elles peuvent être utilisées comme preuve de fabrication indépendante.

Je reconnais que, dans la pratique, en permettant que les circonstances dans lesquelles la prétendue fausse déclaration extrajudiciaire d'un accusé est faite soient utilisées comme preuve de fabrication, on se trouve à faire en sorte que, dans la plupart des cas, ces déclarations seront traitées de la même manière que n'importe quel autre comportement après le fait, c'est-à-dire que si le fait que l'accusé a donné une fausse version des événements tend à prouver sa culpabilité, ce fait est admissible. Pour cette raison, je me suis demandé s'il est nécessaire d'étendre la condition voulant qu'il existe une preuve de fabrication indépendante aux déclarations extrajudiciaires de l'accusé. J'ai conclu que cela est nécessaire pour deux raisons. Premièrement, jusqu'à maintenant, la jurisprudence n'établit pas de distinction entre les déclarations extrajudiciaires auxquelles on n'ajoute pas foi et les témoignages auxquels on n'ajoute pas foi. Deuxièmement, et chose sans doute plus importante encore, je pense que la Cour doit faire preuve d'une grande prudence lorsqu'elle examine l'utilisation qui peut être faite des déclarations d'un accusé auxquelles on n'ajoute pas foi quel que soit le moment où elles ont été faites. Bien que le risque que le juge des faits puisse mal utiliser la déclaration de l'accusé à laquelle on n'ajoute pas foi soit moins grand lorsqu'il s'agit d'une déclaration extrajudiciaire que lorsque l'accusé donne sa version des événements dans le cadre de son témoignage, ce risque demeure. L'exigence voulant que la Cour envisage toujours la déclaration extrajudiciaire à laquelle on n'ajoute pas foi à la lumière du paradigme

> analytique qui veut qu'elle exige une preuve de fabrication indépendante constitue un mécanisme de protection prudent et souhaitable qui garantit que les déclarations extrajudiciaires auxquelles on n'ajoute pas foi ne joueront pas un rôle probatoire plus important qu'elles ne le devraient. [par. 18 à 27]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[69] Dans l'arrêt *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445, au paragraphe 67, la majorité fait un résumé utile des principes qui entrent en jeu lorsqu'un moyen de défense fondé sur un alibi est rejeté. Tels qu'énoncés, ces principes s'appliquent également à une preuve établissant que l'accusé a proféré des mensonges postérieurs à l'infraction qui est produite pour appuyer sa condamnation. Je reproduis les parties de ce résumé qui sont pertinents pour les fins de la question qui nous occupe en l'espèce : (1) en l'absence d'une preuve d'invention, une déclaration de l'accusé à laquelle on n'ajoute pas foi n'a aucune valeur probante; (2) une déclaration à laquelle on n'ajoute pas foi n'est pas suffisante pour étayer une conclusion d'invention; (3) il doit y avoir d'autres éléments de preuve qui permettraient à un jury, agissant de façon raisonnable, de conclure que la déclaration est une invention; (4) lorsqu'il existe une preuve qu'une déclaration a été inventée, cette preuve peut être utilisée par le jury pour étayer une inférence de conscience de culpabilité; (5) dans les cas où le jury serait fondé à tirer une telle inférence, il peut la tirer mais n'est pas tenu de le faire; et (6) une déclaration inventée n'est pas une preuve concluante de culpabilité. Il devrait aller de soi que des directives au jury qui auraient respecté ces principes auraient été jugées acceptables en l'espèce.

[70] Je clos cette revue de la jurisprudence importante avec l'arrêt *Tanasichuk c. R.*, 2007 NBCA 76, 321 R.N.-B. (2e) 44, autorisation de pourvoi refusée [2009] C.S.C.R. no 18 (QL). Dans cette affaire, l'appelant a contesté la déclaration de culpabilité prononcée à son endroit pour le meurtre au premier degré de son épouse, laquelle avait été vue vivante pour la dernière fois le 15 janvier 2003. Onze jours plus tard, l'appelant avait signalé sa disparition à la police. Dans l'intervalle, il avait dit aux membres de sa famille et aux amis qu'elle était allée rendre visite à des amis à Saint John. Environ cinq

mois plus tard, le corps putréfié de son épouse avait été retrouvé dans un endroit boisé. On lui avait tiré trois balles dans la tête. Les prétentions du ministère public à l'endroit de l'appelant reposaient principalement sur une preuve circonstancielle et l'avocat du ministère public a prétendu que les déclarations postérieures à l'infraction de l'appelant étaient des mensonges qu'il avait inventés pour éviter d'être déclaré coupable et qu'elles trahissaient donc une conscience coupable dont découlait une preuve circonstancielle inculpatoire. La Cour a accueilli l'appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif, notamment, que dans ses directives, le juge du procès n'avait pas : (1) fait clairement état de la différence entre une preuve qui amène seulement le jury à ne pas ajouter foi aux déclarations postérieures à l'infraction de l'appelant, sans plus, et une preuve d'invention indépendante; (2) expliqué, d'une façon claire, que le simple fait de ne pas ajouter pas foi aux déclarations de l'appelant ne constituait pas une preuve qui permettait de tirer une inférence de culpabilité; (3) précisé aux jurés que ces déclarations ne pouvaient pas être utilisées comme preuve circonstancielle appuyant les prétentions du ministère public à moins qu'ils ne concluent à l'existence d'une preuve d'invention indépendante de la preuve établissant que les déclarations étaient fausses; et (4) expliqué quels éléments de preuve étaient susceptibles de constituer une preuve d'invention indépendante. En rendant les motifs de la Cour, le juge d'appel Richard a fait des observations qu'il vaut la peine de répéter étant donné leur pertinence en ce qui concerne la doléance de l'appelant selon laquelle les directives auraient été erronées :

> Il existe maintenant un principe de droit bien établi qui veut qu'avant qu'une inférence défavorable puisse découler d'une déclaration disculpatoire de l'accusé à laquelle on n'ajoute pas foi il faut nécessairement qu'il soit établi que la déclaration a été inventée.
>
> […]
>
> 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.

[…]

Une fois que les déclarations ont été admises, le ministère public a été autorisé à inviter le jury à tirer une inférence de conscience coupable en s'appuyant sur la prétention voulant qu'elles aient été inventées. Il incombait alors au juge du procès de donner des directives claires au jury sur l'utilisation qui pouvait être faite de cette preuve. Là encore, je me reporte à l'analyse qu'a faite le juge en chef adjoint O'Connor dans l'arrêt *O'Connor*. Dans les cas où l'on prétend qu'il y a eu fabrication et où le jury sera invité à tirer une inférence de conscience coupable, le juge du procès doit donner comme directive aux jurés [TRADUCTION] « qu'il leur est loisible de conclure que l'accusé a fabriqué la version disculpatoire des événements parce qu'il était conscient d'avoir fait ce qui lui est reproché et qu'ils peuvent se servir de cette conclusion, ainsi que d'autres éléments de preuve, afin de déterminer si le ministère public a prouvé ses prétentions hors de tout doute raisonnable » [au par. 37]. En outre, il est essentiel que le juge du procès fasse clairement état de la différence entre une preuve qui amène seulement le jury à ne pas ajouter foi à une déclaration, sans plus, et une preuve de fabrication indépendante et que le juge [TRADUCTION] « énonc[e] soigneusement quels éléments de preuve sont susceptibles de constituer une preuve de fabrication indépendante » [au par. 38].

[…]

En toute déférence, ces directives ne satisfont pas à l'obligation de donner des directives claires afin de permettre au jury de bien saisir ce concept difficile qu'est la différence entre une preuve qui amène seulement le jury à ne pas ajouter foi à une déclaration, sans plus, et une preuve de fabrication indépendante. Ma conclusion à cet égard découle principalement du fait que le juge n'a pas clairement expliqué la différence entre les deux genres de preuve. Certes, il a dit aux jurés que c'était à eux qu'il appartenait de décider si M. Tanasichuk avait fabriqué les déclarations afin d'échapper aux soupçons. Toutefois, il ne dit nulle part aux jurés, d'une façon claire, que le simple fait qu'ils n'ajoutent pas foi aux déclarations

> extrajudiciaires de M. Tanasichuk ne constitue pas une preuve qui permet de tirer une inférence de culpabilité. Le juge n'a pas non plus expliqué que pour que ces déclarations puissent être utilisées comme preuve circonstancielle et appréciées au même titre que les autres éléments de preuve afin de déterminer si le ministère public avait prouvé ses prétentions contre M. Tanasichuk, le jury devait conclure à l'existence d'une preuve de fabrication indépendante de la preuve établissant que les déclarations étaient fausses. Sans cette directive essentielle, l'exposé du juge au jury n'a pu servir qu'à embrouiller la question.
>
> […]
>
> C'est en raison de l'effet extrêmement puissant que peut avoir une conclusion de fabrication qu'il est crucial que la directive soit claire. En toute déférence, je ne puis conclure que la directive qui a été donnée en l'espèce satisfait à cette exigence. Étant donné que le juge du procès n'a ni expliqué la nécessité d'une preuve de fabrication indépendante ni souligné que cette exigence signifie une preuve différente de celle qui établit la fausseté des déclarations, le jury a été privé d'un élément crucial qui aurait dû faire partie du cadre analytique au regard duquel cette preuve susceptible d'avoir un effet [TRADUCTION] « extrêmement puissant » devait être appréciée. [par. 61, 63, 66, 68 et 70]
>
> [C'est moi qui souligne.]

L'intimée n'a pas invité la Cour à revenir sur sa décision dans l'affaire *Tanasichuk c. R.* et à l'infirmer. De toute façon, cette décision est en harmonie avec les principes consacrés dans les instances citées ci-dessus, surtout l'arrêt *R. c. Laliberté*, et dans de nombreuses autres décisions, savoir notamment les arrêts *R. c. Pomeroy*, 2008 ONCA 521, [2008] O.J. No. 2550 (QL), *R. c. Paul*, 2009 ONCA 443, [2009] O.J. No. 2184 (QL), *R. c. Hazel*, 2009 ONCA 389, [2009] O.J. No. 1818 (QL), *Delisle c. R.*, 2013 QCCA 952, [2013] J.Q. n° 3433 (QL), au par. 74, *R. c. Bradey*, aux par. 165 à 174, et *R. c. Shafia*, 2016 ONCA 812, [2016] O.J. No. 5627 (QL), au par. 285.

[71] En somme, les tribunaux ont formulé des règles leur permettant d'aborder une preuve de faux alibis et de mensonges extrajudiciaires invoqués ou proférés par l'accusé à la suite de l'infraction imputée et relativement à cette infraction. Ils l'ont fait

en raison du risque d'effet préjudiciable sur l'équité du procès qui est associé à ce genre de preuve.

[72] Ces règles n'ont rien de « spécial ». Elles ont été formulées suivant la tradition judiciaire de longue date qui consiste à fournir des lignes directrices visant à encourager le prononcé de verdicts qui sont l'aboutissement d'un raisonnement guidé par la logique et des éléments de preuve pertinents ainsi que la présomption d'innocence et la bonne application de la charge de la preuve. L'expérience nous enseigne que ce ne sont pas tous les mensonges qui sont rationnels ou réfléchis. Certains mensonges sont tout simplement stupides. Comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada, il peut arriver qu'un accusé mente « pour un motif parfaitement innocent, telle la panique, la gêne ou la crainte d'être accus[é] à tort » : *R. c. White* (1998), au par. 22.

[73] Si le jury a conclu que la déclaration de l'appelant concernant le veston qu'il portait lorsqu'il s'est rendu au bureau de son père était un mensonge, et n'était pas seulement une erreur de bonne foi comme il l'a prétendu, les règles suivantes s'appliquaient : (1) le mensonge, sans plus, n'était pas un élément de preuve susceptible d'aider le poursuivant à établir la culpabilité; (2) le jury pouvait utiliser le mensonge pour étayer une inférence de conscience de culpabilité si, et seulement si, l'appelant avait inventé ce mensonge dans le but de dissimuler sa participation à l'infraction de meurtre au deuxième degré de son père. Dans ce contexte, l'invention suppose la présence d'un artifice; un mensonge inventé est un mensonge qui est fabriqué après réflexion de sorte qu'il se distingue d'un mensonge spontané ou inconsidéré quoique intentionnel; (3) le jury ne pouvait tirer une conclusion d'invention pour la simple raison que l'appelant avait menti; cette conclusion ne pouvait être tirée que si elle était établie par une preuve indépendante de celle établissant qu'il avait menti; (4) si le jury était fondé à tirer l'inférence de conscience de culpabilité, il pouvait la tirer, mais n'était pas tenu de le faire; (5) un mensonge inventé n'est pas une preuve concluante de culpabilité; et (6) l'exposé du juge au jury devait, au moyen de directives générales ou particulières, ou d'une combinaison des deux, refléter, pour l'essentiel, les règles qui précèdent et

comprendre une esquisse de la preuve indépendante nécessaire pour permettre au jury de tirer, sans que celui-ci soit obligé de le faire, une inférence d'invention.

[74] Je suis respectueusement d'avis que l'exposé du juge au jury rate la cible sur cette question importante : en effet, le juge y a autorisé les jurés à considérer le « mensonge » de l'appelant comme une preuve inculpatoire sans leur faire comprendre qu'ils ne pouvaient le faire que s'ils concluaient, en s'appuyant sur une preuve indépendante, que le « mensonge » avait été inventé. Voici les directives qui font problème :

> Les deux éléments de preuve que le ministère public a qualifiés d'éléments de preuve relatifs au comportement après le fait et sur lesquels il vous demande de vous appuyer pour tirer une inférence défavorable à Dennis Oland sont les suivants. En premier lieu, l'élément de preuve directe établissant que, pendant son interrogatoire, il a dit à la police qu'il portait un veston bleu marine alors qu'en fait il portait un veston brun et en second lieu, l'élément de preuve circonstancielle établissant que le veston brun avait été déposé [chez le nettoyeur] dès le lendemain matin de cet interrogatoire, après qu'on lui a dit que les policiers le soupçonnaient relativement au crime et avaient l'intention d'obtenir des mandats de perquisition contre lui et que du sang ainsi que l'ADN de son père ont plus tard été trouvés sur ce veston. Vous devriez examiner cette question par étapes. En ce qui concerne ce qu'il a dit à la police, vous devez tout d'abord vous demander si ce que Dennis a dit se rapportait à la perpétration de l'infraction imputée ou à quelque chose d'autre. Vous devez faire attention à ne pas conclure immédiatement que ce qu'il a dit avait un rapport avec la perpétration de l'infraction imputée plutôt qu'avec quelque chose d'autre. Afin de décider pour quelle raison Dennis a dit qu'il portait un veston bleu marine, vous devriez prendre en considération l'ensemble de la preuve. Tout élément de preuve qui fournit d'autres raisons susceptibles d'expliquer ce que Dennis a dit est particulièrement important. Dans son témoigne, il a reconnu s'être trompé. Il a expliqué qu'il était stressé par suite de l'interrogatoire et en raison de la perte toute récente de son père. Il a attribué le fait qu'il a dit qu'il s'agissait d'un veston bleu marine au fait qu'il avait porté un veston bleu marine le matin du 7 juillet, ce que confirme la bande vidéo de la caméra de sécurité du magasin Kent. Il

a également dit que le veston sport brun et le veston bleu marine étaient les vestons qu'il portait en été. Et il a dit que lorsque l'on regarde vers le bas et qu'on voit le pantalon kaki, comme celui qu'il portait à ce moment-là, on pense tout naturellement à un veston bleu marine. Du moins, c'est ce que j'ai cru comprendre de ce qu'il a dit. De plus, afin de trancher la question de savoir si ce que Dennis a dit était un mensonge intentionnel ou une erreur de bonne foi, vous disposez de la preuve établissant que les policiers ont informé Dennis, avant de lui demander ce qu'il portait, qu'ils regarderaient les bandes vidéo. Par ailleurs, vous devez tenir compte du fait qu'on lui demandait seulement de se rappeler ce qu'il portait la veille, pas un jour lointain dans le passé. Vous pourriez également tenir compte du fait que, lorsque les policiers lui ont demandé ce qu'il portait, il n'a pas semblé hésiter et a apparemment eu tout le reste de bien, y compris la description de la chemise qu'il devait porter. Autrement dit, on pourrait penser que ce serait la chemise qui viendrait en tête des vêtements qu'il aurait pu avoir de la difficulté à se rappeler, compte tenu plus précisément du nombre de chemises habillées qu'il semble avoir possédées. Et vous avez aussi le droit de prendre en compte ce qui a plus tard été découvert sur le veston brun dans le cadre de votre examen global de la question de savoir s'il s'agissait d'une méprise de bonne foi de la part de Dennis Oland ou si celui-ci essayait d'induire la police en erreur. Vous ne devez pas utiliser cet élément de preuve établissant ce que Dennis Oland a dit à propos de la couleur de son veston pour décider ou pour vous aider à décider que Dennis Oland a commis l'infraction imputée sauf si vous rejetez toute explication de bonne foi que vous pourriez trouver à ce qu'il a dit. Si vous ne concluez pas ou ne pouvez pas conclure que ce que Dennis Oland a dit avait un rapport avec la perpétration de l'infraction imputée, vous ne devez pas utiliser cet élément de preuve pour décider ou pour vous aider à décider que Dennis Oland a commis l'infraction imputée. Par contre, si vous en arrivez à la conclusion que ce que Dennis Oland a dit à propos du veston qu'il portait se rapportait à la perpétration de l'infraction imputée, et non à quelque chose d'autre, que ce n'était pas une explication de bonne foi, vous pouvez prendre cet élément de preuve en considération, avec l'ensemble des autres éléments de preuve présentés en l'espèce, pour en arriver à un verdict.

[C'est moi qui souligne.]

[75] L'appelant ne conteste pas la proposition générale, dont on peut soutenir qu'elle est incorrecte, selon laquelle [TRADUCTION] « une déclaration intentionnellement fausse ou trompeuse [soit en langage courant, un mensonge] faite par une personne après qu'un crime a été commis ou un comportement consistant à essayer de détruire ou de cacher des éléments de preuve potentiels après qu'un crime a été commis constitueront, dans certaines circonstances, des éléments de preuve permettant d'inférer que la personne en question essaie d'induire la police en erreur et de détourner les soupçons parce qu'elle a effectivement commis l'infraction » (c'est moi qui souligne). Je dis « dont on peut soutenir qu'elle est incorrecte » en raison de l'observation faite dans l'arrêt *R. c. Laliberté* selon laquelle « la fabrication d'un alibi permet d'inférer une conscience de culpabilité, sans plus » (par. 3) (c'est moi qui souligne). En toute logique, il n'y a aucune différence entre un alibi fabriqué et un mensonge inventé lorsqu'il s'agit des inférences permises. Toutefois, la décision de cette question est remise à un autre jour puisqu'elle n'est pas nécessaire au règlement du présent appel.

[76] Quoi qu'il en soit, une forte objection est élevée en ce qui concerne l'omission du juge du procès de préciser quelles [TRADUCTION] « circonstances » devaient exister pour que l'on puisse considérer que le [TRADUCTION] « mensonge » de l'appelant prouvait qu'il était effectivement le meurtrier, que ce soit en raison de la « conscience de culpabilité » ou d'autre chose. Comme on peut le constater à la lecture de l'extrait de l'exposé au jury qui est reproduit ci-dessus, le juge a donné comme directive aux jurés que s'ils en venaient à la conclusion que la déclaration inexacte de l'appelant était un [TRADUCTION] « mensonge intentionnel », qui se rapportait à la perpétration du meurtre, ils pouvaient [TRADUCTION] « prendre cet élément de preuve en considération, avec l'ensemble des autres éléments de preuve présentés en l'espèce, pour en arriver à un verdict ». En toute déférence, cette directive était préjudiciable à la défense et elle est erronée en droit.

[77] L'expression [TRADUCTION] « mensonge intentionnel » est pléonastique. La plupart des gens comprennent que tous les mensonges sont intentionnels. Le jury aurait donc compris que l'expression [TRADUCTION]

« mensonge intentionnel », employée dans l'exposé, s'entendait d'un mensonge pur et simple. De plus, si le jury concluait que la déclaration de l'appelant concernant le veston était un mensonge, il pouvait, sans aucun doute, en arriver assez facilement à la conclusion que ce mensonge avait été proféré relativement à la perpétration du meurtre. Il s'ensuit que le jury aurait pu considérer ce mensonge comme un élément de preuve inculpatoire sans avoir à franchir l'obstacle important que constitue la nécessité d'une invention, et l'obligation de l'établir au moyen d'une preuve « indépendante ». Comme nous l'avons vu, les délibérations ont duré quelque trente heures et le [TRADUCTION] « simple » mensonge a fort bien pu constituer l'argument qui a amené un ou plusieurs jurés hésitants à se ranger du côté du ministère public. Je marque maintenant une pause pour examiner une question qui a été soulevée à l'audience et qui consiste à savoir s'il faut également donner comme directive aux jurés qu'ils ne peuvent tirer une conclusion d'invention en s'appuyant sur une preuve dont ils estiment qu'elle tend à établir la culpabilité.

[78] Dans son article intitulé « Simply Complex: Applying the Law of 'Post-Offence Conduct' Evidence », le juge Paciocco avance l'opinion que les jurés devraient recevoir comme directive que [TRADUCTION] « pour déterminer si [une] déclaration a été fabriquée, ils ne peuvent s'appuyer sur une preuve à charge qui peut leur sembler établir que l'accusé est coupable » (p. 315). En toute déférence, je ne souscris pas à cette opinion tout en reconnaissant par ailleurs qu'elle s'accorde avec l'opinion qu'a exprimée le juge d'appel Ryan dans l'arrêt *R. c. Tessier*, [1997] B.C.J. No. 515 (C.A.) (QL) :

> [TRADUCTION]
> Selon moi, la raison pour laquelle nous recherchons une preuve indépendante que l'accusé a fabriqué son histoire est double. En premier lieu, comme ma collègue la juge Rowles l'a souligné, le raisonnement est circulaire en l'absence de preuve indépendante : « La preuve du ministère public est incontestable, donc l'accusé ne dit pas la vérité. L'accusé ne dit pas la vérité, donc la preuve du ministère public est incontestable. » En deuxième lieu, puisque le ministère public peut utiliser contre l'accusé la preuve qu'il a fabriqué une histoire, il faut faire montre de circonspection en concluant que l'alibi a été inventé. La

> fabrication doit reposer sur une preuve concluante. Il n'est pas déraisonnable d'exiger que cette preuve soit indépendante des autres éléments de preuve du crime.
>
> S'il fallait trouver la preuve de fabrication seulement dans les éléments qui prouvent l'infraction, alors dans chaque affaire où l'accusé témoigne (peu importe qu'il invoque ou non un alibi), il n'y aurait aucune raison d'interdire à un jury d'utiliser sa conclusion que l'accusé a menti comme élément de la preuve à charge qui pèse contre lui. Cela ne concorde avec aucune règle de droit que je connaisse. [par. 68 et 69]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[79] Toutefois, et chose importante, dans l'arrêt *R. c. Hibbert*, la majorité a reproduit cet extrait de l'arrêt *R. c. Tessier* sans souscrire à la proposition voulant que la preuve de fabrication doive être [TRADUCTION] « indépendante des autres éléments de preuve du crime ». À mon avis, ces préoccupations fondamentales se dissipent lorsque les directives identifient à l'intention des jurés les éléments de preuve sur lesquels ils peuvent s'appuyer pour tirer une inférence d'invention. C'est là la démarche qui a été retenue dans la directive modèle 27(b) dans l'ouvrage de Watt, intitulé *Manual of Criminal Jury Instructions*, 2e éd. (Toronto (Ont.) : Carswell, 2015) à la p. 343.

[80] Puisque la preuve du ministère public reposait, dans une large mesure, sur la proposition selon laquelle l'assertion de l'appelant relative au veston était un mensonge et, donc, un élément de preuve circonstancielle qui appuyait sa thèse, une directive dans laquelle aurait été incorporée une version judicieusement adaptée de la directive modèle 27(b) aurait été indiquée (voir le paragraphe 73 des présents motifs). Cela dit, je reconnais qu'une directive de cette nature peut avoir un effet puissant sur les délibérations du jury. Néanmoins, les décisions judiciaires doivent être prises en conformité avec la loi et un ensemble de directives modulé d'après la directive 27(b) aurait protégé l'appelant contre le risque que l'on passe d'un [TRADUCTION] « simple » mensonge à la culpabilité. À cet égard, on se rappellera les observations suivantes qui ont été faites dans l'arrêt *O'Connor* :

> [TRADUCTION]
> L'exigence voulant que la cour envisage toujours la déclaration extrajudiciaire à laquelle on n'ajoute pas foi à la lumière du paradigme analytique qui veut qu'elle exige une preuve de fabrication indépendante constitue un mécanisme de protection prudent et souhaitable qui garantit que les déclarations extrajudiciaires auxquelles on n'ajoute pas foi ne joueront pas un rôle probatoire plus important qu'elles ne le devraient. [par. 27]

[81] Il est à remarquer que l'avocat du ministère public a suggéré au juge du procès de formuler des directives inspirées de la directive modèle 27(b), mais en vain. L'avocat du ministère public était probablement disposé à dresser l'inventaire des éléments de preuve indépendants qui étaient nécessaires et qui se dégageaient du dossier.

[82] Bien entendu, si le dossier n'avait révélé aucun élément de preuve « indépendant » permettant de tirer une inférence d'invention, il aurait fallu que le juge donne comme directive au jury que le « mensonge » de l'appelant à propos du veston ne pouvait pas être utilisé comme preuve inculpatoire. Il ne l'a pas fait. Je ne puis que supposer que si cette ligne de conduite a été suivie, c'est parce que le juge était convaincu qu'il existait une preuve d'invention « indépendante ». C'est aussi mon opinion.

[83] Une des hypothèses évoquées à l'audience était que le jury aurait pu inférer l'invention requise de la déclaration enregistrée sur bande vidéo que l'appelant a faite à la police et dans laquelle le « mensonge » à propos du blazer bleu marine a été formulé. Suivant cette hypothèse, le jury aurait pu conclure que le « mensonge » avait été inventé comme partie intégrante d'un tissu d'assertions inexactes concernant sa présence au bureau de son père et de propositions destinées à écarter les soupçons et à diriger la police vers d'autres personnes tant connues qu'inconnues. Lors du nouveau procès, il incombera au ministère public de dresser, à partir de la nouvelle preuve qui sera alors déposée, l'inventaire des éléments de preuve « indépendants », si tant est qu'il en existe, et la question devrait, selon toute attente, être pleinement débattue.

[84] En ce qui concerne la défense, elle n'a pas officiellement contesté la décision du juge du procès de ne pas soumettre la question de l'invention à l'appréciation du jury. Cela est tout à fait compréhensible étant donné sa prétention selon laquelle la fausse déclaration de l'appelant ne pouvait raisonnablement être considérée comme autre chose qu'une erreur de bonne foi, de sorte qu'elle ne pouvait pas être laissée à l'appréciation du jury à titre de preuve potentiellement inculpatoire. Le juge du procès n'a pas souscrit à cette prétention et je n'y souscris pas non plus. Néanmoins, le fait que la défense n'a pas contesté la décision du juge du procès de ne pas donner de directives conformes, pour l'essentiel, à la directive modèle 27(b), laquelle est une décision sur une question de droit, ne peut porter préjudice à la cause de l'appelant en appel.

[85] L'invention est une question de fait, et dans ses directives, le juge n'a pas confié aux juges des faits, les jurés, le soin de la trancher en leur donnant les orientations et le soutien appropriés. Je suis respectueusement d'avis que cette omission constitue une erreur de droit, et elle ressortie à une question d'une grande importance.

[86] Il reste la possibilité d'appliquer la disposition réparatrice. Le sous-alinéa 686(1)b)(iii) est ainsi rédigé :

686 (1) On the hearing of an appeal against a conviction [...] the court of appeal	686 (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité […] la cour d'appel :
(b) may dismiss the appeal where	b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :
(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred[.]	(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit[.]

[87] La jurisprudence pertinente ainsi que les principes directeurs applicables sont recensés dans l'arrêt *Haché c. R.*, 2007 NBCA 79, 323 R.N.-B. (2e) 254, le juge d'appel Richard, au nom de la majorité, aux par. 104 à 110.

[88] Le jury pouvait conclure que la description que l'appelant a donnée du veston qu'il portait au bureau de son père était un mensonge, comme le prétendait le ministère public. Cette prétention était un élément important de la thèse du ministère public selon laquelle l'appelant était le meurtrier.

[89] Les directives erronées du juge du procès concernant ce « mensonge » constituent une grave erreur de droit et l'intimée n'a pas porté à notre attention d'autres parties de l'exposé du juge qui auraient pu apporter des correctifs à l'intention du jury. Pour parler franchement, je suis d'avis qu'il n'y a eu aucun correctif.

[90] Il ne s'agit pas non plus en l'espèce d'une instance où la preuve tendant à établir la culpabilité est tellement accablante que l'issue aurait nécessairement été la même, que l'erreur ait ou non été commise.

[91] Si j'applique les principes énoncés dans l'arrêt *Haché c. R.* ainsi que les nombreux énoncés faisant autorité qui sont reproduits dans cet arrêt, je conclus que la disposition réparatrice ne s'applique pas.

IV. Conclusion

[92] C'est pour ces motifs que j'étais d'accord avec mes collègues pour rejeter le plaidoyer de l'appelant en vue d'obtenir un acquittement en application du ss-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel* et pour ordonner la tenue d'un nouveau procès.