

**Mihaly Illes** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. ILLES**

**Neutral citation: 2008 SCC 57.**

File No.: 31954.

2008: April 22; 2008: October 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Charge to jury — Duncan instruction — Accused tried for first degree murder — Trial judge charging jury that law presumes any incriminating part of accused's statement likely true, while exculpatory statements carry less weight — Whether direction improper — If so, whether new trial should be ordered.*

*Criminal law — Evidence — Crown's failure to disclose — Whether new trial appropriate remedy.*

The accused was charged with first degree murder. The victim was shot in a van and, at the time, the only occupants of the van were three drug traffickers: the victim, the accused and M. At trial, M testified that the accused was the shooter. The accused did not testify, but took the position that M was the killer. O, a friend of the accused's then girlfriend, testified that the accused put a bucket with the victim's severed head in her garage for a day before moving it to another location. The accused told O that he had shot the victim because he was taking some of the cocaine from deliveries to feed his own habit. In his account of the events, M denied ever having seen the bucket at his own apartment, but admitted his involvement in disposing of the remains. The accused was arrested based on information O gave to the police. While in custody, the accused wrote several letters to his friends. In his letters, he proclaimed his innocence, implicating at first O, and later M, as the killer. Although admitting that the letters were a

**Mihaly Illes** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ILLES**

**Référence neutre : 2008 CSC 57.**

N° du greffe : 31954.

2008 : 22 avril; 2008 : 24 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Directives au jury — Directive de type Duncan — Accusé ayant subi un procès pour meurtre au premier degré — Directive de la juge du procès aux jurés leur disant que le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d'un accusé est probablement vrai mais que les déclarations disculpatoires ont moins de poids — Cette directive était-elle erronée? — Dans l'affirmative, un nouveau procès doit-il être ordonné?*

*Droit criminel — Preuve — Omission du ministère public de communiquer des éléments de preuve — La tenue d'un nouveau procès est-elle la réparation appropriée?*

L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré. La victime a été abattue dans une fourgonnette, dont les seuls occupants à ce moment précis étaient trois trafiquants de drogue : la victime, l'accusé et M. Au procès, M a déclaré que c'était l'accusé qui avait tiré. Ce dernier n'a pas témoigné, mais il a soutenu que c'était M qui avait fait feu sur la victime. O, une amie de celle qui était alors la compagne de l'accusé, a témoigné que l'accusé avait rangé un seau contenant la tête coupée de la victime dans son garage pendant une journée avant de l'emporter ailleurs. L'accusé a dit à O qu'il avait éliminé la victime parce qu'il consommait de la cocaïne à même les livraisons pour nourrir sa propre dépendance. Dans son récit des faits, M a nié avoir vu le seau dans son propre appartement, mais il a admis avoir participé à l'élimination des restes de la victime. L'accusé a été arrêté sur la foi des renseignements que O a fournis à la police. Pendant sa détention, il a écrit plusieurs lettres à ses amis. Dans ses lettres, il proclame son innocence, et il implique d'abord

ruse and were intended to be discovered by the police, the defence argued that the expressions of innocence were nonetheless truthful. The trial judge told the jury that “the statements . . . in the letters . . . contain both admissions, as well [as] excuses which tend to exonerate” the accused and that “[i]n the ordinary course of human behaviour it often occurs that statements of an incriminating nature, such as admissions or confessions, are likely to be true” while “excuses for one’s own behaviour . . . do not necessarily . . . carry the same persuasive weight”. She also added that “the law presumes any incriminating part of the accused’s statement is likely to be true, otherwise why would an accused say so?” The jury found the accused guilty. After the trial, the accused became aware that a confidential informant had told the police during the investigation that shortly after the murder, he met with M, the accused and others at M’s apartment, and that there was a bucket on the balcony with a human head in it. The police did not provide this information to the Crown until it was requested by the defence after the trial. The majority of the Court of Appeal upheld the accused’s conviction and dismissed his application to introduce fresh evidence. The accused appealed to this Court as of right on two grounds: the trial judge improperly charged the jury and the Crown breached its constitutional duties by failing to disclose relevant evidence.

*Held* (Deschamps, Charron and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel and Fish JJ.: The trial judge’s instruction (known as a “*Duncan* instruction”) was improper and the Crown violated its constitutional obligations of disclosure. Neither error can safely be characterized as harmless and either alone warrants a new trial. [3]

While none of the statements contained in the letters amounted to confessions or admissions, the trial judge’s *Duncan* instruction specifically referred to admissions and implicitly suggested that some of the statements were incriminating. The jury may well have understood the instructions to require what the law was said to presume — that more weight should be given to the incriminating inferences that could be drawn from the

O, puis M, à titre de tireur. Bien qu’elle ait reconnu que les lettres étaient une ruse et qu’elles étaient censées être découvertes par la police, la défense a soutenu que les expressions d’innocence qu’elles contenaient n’en demeuraient pas moins vraies. La juge du procès a dit au jury que « les déclarations figurant dans les lettres [. . .] contiennent à la fois des aveux et des excuses qui tendent à innocenter » l’accusé et que, « [c]ompte tenu de la façon dont les gens se comportent ordinairement, il arrivera souvent que des déclarations incriminantes tels des aveux ou des confessions soient probablement vraies » tandis que « les excuses invoquées par une personne pour justifier son comportement n’ont pas nécessairement la même valeur persuasive ». Elle a ajouté que « le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d’un accusé est probablement vrai, car sinon pourquoi ce dernier aurait-il tenu ces propos? » Le jury a déclaré l’accusé coupable. Après le procès, l’accusé a appris qu’un indicateur avait dit à la police, durant l’enquête, que peu de temps après le meurtre il avait rencontré M, l’accusé et d’autres personnes à l’appartement du premier, et qu’un seau contenant une tête humaine se trouvait sur le balcon. Les enquêteurs n’ont pas transmis cette information à l’avocat du ministère public tant que la défense n’en a pas fait la demande une fois le procès terminé. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont maintenu la déclaration de culpabilité de l’accusé et ont rejeté sa demande d’autorisation de produire une preuve nouvelle. L’accusé a interjeté appel de plein droit devant notre Cour en invoquant deux moyens : la juge du procès aurait donné des directives erronées au jury et le ministère public aurait manqué à ses obligations constitutionnelles en ne communiquant pas des éléments de preuve.

*Arrêt* (les juges Deschamps, Charron et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la tenue d’un nouveau procès ordonnée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel et Fish : La directive de la juge du procès (connue sous le nom de « directive de type *Duncan* ») était incorrecte et le ministère public a manqué aux obligations que lui impose la *Charte* en matière de communication de la preuve. Aucune de ces erreurs ne peut être qualifiée avec certitude d’erreur sans conséquence; l’une ou l’autre justifierait à elle seule la tenue d’un nouveau procès. [3]

Bien qu’aucune des déclarations contenues dans les lettres n’équivaille en soi à une confession ou à un aveu, la directive de type *Duncan* que la juge du procès a donnée fait expressément référence à des aveux et laisse implicitement entendre que certaines des déclarations sont incriminantes. Le jury peut fort bien avoir considéré que les directives l’obligeaient à faire ce que, avait-on dit, le droit présume — c’est-à-dire qu’il faut

letters than to the facially exculpatory statements they contained. The potential for jury confusion warrants a new trial. The jury deliberated over four days and the trial judge, after receiving a note indicating that they were split on their decision, re-charged the jury with a portion of the instructions containing the impugned language on the very day that they finally rendered the verdict. The letters were an important part of the Crown's case and the evidence at trial was not so overwhelming that the jury would inevitably have reached the same verdict if properly directed in law. [13] [15] [17] [21-23]

With respect to the Crown's failure to disclose, the fresh evidence concerning the head in the bucket was significant because it places M and the bucket together at the same time in the apartment and suggests that the head was actively displayed at that time, seriously undercutting M's core claim that he had no contact at all with the victim's severed head before the day he helped to dispose of it. When added to the overall picture of the evidence, there is a reasonable possibility that the informant's evidence could have created a reasonable doubt in the jury's mind. Most importantly, it could have tended to show that M — the only other possible shooter — was continuing to lie at trial and that key parts of his testimony were fabrications intended to frame the accused. There is also a reasonable possibility that the non-disclosure affected the overall fairness of the trial process. The non-disclosure deprived the defence of the opportunity to impeach M on additional important grounds, and may have affected defence counsel's trial strategy. [24] [28-29] [31] [33] [38]

*Per Deschamps, Charron and Rothstein JJ. (dissenting):* It is dangerous for a trial judge to instruct the jury in a manner that suggests that inculpatory and exculpatory statements ought to be weighed differently. The issue of whether a *Duncan*-type instruction constitutes misdirection in any given case will depend entirely on the particular words used and their context. Where, as here, the instruction is couched in terms of a legal presumption, the prejudicial effect may be difficult to overcome. However, in the circumstances of this case, this unfortunate instruction, although given in error, could not realistically have impacted on the verdict. The letters contained no admissions in respect of which the impugned instruction could be applied. The Crown did not rely on anything in the letters as an admission

accorder plus de poids aux inférences incriminantes pouvant être tirées des lettres qu'aux déclarations à première vue disculpatoires figurant dans celles-ci. Cette possibilité de confusion du jury justifie la tenue d'un nouveau procès. Les jurés ont délibéré pendant quatre jours et la juge du procès, après avoir reçu une note lui indiquant que ceux-ci étaient divisés sur la décision à prendre, leur a répété une partie des directives, dont les passages contestés, le jour même où ils ont finalement rendu leur verdict. Les lettres constituaient un élément important de la preuve du ministère public et la preuve n'était pas à ce point accablante que le jury aurait forcément rendu le même verdict s'il avait reçu des directives appropriées en droit. [13] [15] [17] [21-23]

Quant à l'omission du ministère public de communiquer des éléments de preuve, les nouveaux éléments concernant la tête dans le seau étaient importants, car ils indiquent que M s'est trouvé dans l'appartement alors que le seau y était et ils tendent à indiquer que la tête de la victime a à ce moment été exhibée, ce qui aurait pu affaiblir sérieusement la crédibilité de la prétention principale de M, selon laquelle il n'avait jamais été en présence de la tête décapitée de la victime avant le jour où il a aidé à en disposer. Si on ajoute les déclarations de M au tableau global de la preuve, il est raisonnablement possible que ces déclarations auraient fait naître un doute raisonnable dans l'esprit des jurés. Aspect plus important encore, elles auraient pu tendre à établir que M — le seul autre tireur possible — continuait de mentir au procès et qu'il avait fabriqué des parties clés de son témoignage en vue de faire porter à l'accusé la responsabilité du meurtre. Il y a aussi une possibilité raisonnable que la non-communication de la preuve ait influé sur l'équité globale du procès. La non-communication a empêché la défense d'attaquer la crédibilité de M sur d'autres points importants et a eu une incidence sur la stratégie que l'avocat de la défense a adoptée au procès. [24] [28-29] [31] [33] [38]

*Les juges Deschamps, Charron et Rothstein JJ. (dissidents) :* Il est dangereux pour le juge du procès de donner au jury une directive donnant à penser que les déclarations inculpatives et les déclarations disculpatoires doivent être soupesées différemment. La question de savoir si une directive de type *Duncan* est erronée dans un cas donné dépendra entièrement des termes utilisés et de leur contexte. Lorsque, comme en l'espèce, la directive est formulée comme une présomption de droit, son effet préjudiciable peut se révéler difficile à surmonter. Toutefois, dans les circonstances de la présente affaire, bien qu'elle ait à tort été donnée, cette malencontreuse directive n'a pas pu réalistement influencer sur le verdict. Les lettres ne contenaient aucun aveu auquel la directive contestée pouvait s'appliquer. Le ministère public n'a invoqué aucun

against the accused's interest. It relied, rather, on the fact that the accused, by his letters, presented an ever-changing story, tried to influence witnesses and misled the police in their investigation, and blamed others for his actions, arguing that these were not the actions of an innocent man. This was a permissible inference to be drawn from the totality of the evidence and one which is not in any way affected by the unfortunate use of the presumptive language in the judge's instructions. Nothing in the charge would have prevented the jury from making appropriate use of the protestations of innocence contained in the letters and relied upon by the defence. The trial judge emphasized to the jury that it was up to them to decide how much weight to give to the statements, and that they could accept all of them, some of them, or none of them. She also repeatedly told the jury that the accused was entitled to the benefit of any reasonable doubt raised by the evidence, including a reasonable doubt raised by the exculpatory statements in the letters. [57-60]

With respect to the Crown's failure to disclose all relevant material, it is appropriate to order a new trial when the accused demonstrates that there is a reasonable possibility that the non-disclosure affected either (1) the outcome of the trial, or (2) the overall fairness of the trial process. Here, the accused cannot meet the first branch of the test. The proposed evidence that the bucket was on M's balcony at one point in time after the murder does not assist in determining whether M or the accused actually killed the victim. It is also consistent with the undisputed fact that M was involved in helping to bury the victim's remains. Therefore, on its face, the fresh evidence could not realistically have affected the outcome of the trial. The question whether the evidence could nonetheless have impacted on the verdict can best be answered on the second branch of the test by considering what use could possibly have been made by the defence of the undisclosed information. In cross-examination, M agreed that the bucket could have been on his balcony without his knowledge. It is unrealistic for the accused to suggest that M's testimony would have been any different if confronted with the undisclosed statement at trial and, in turn, that this additional item of evidence would have added anything of significance. The theory that M might have been the perpetrator was advanced at trial. The undisclosed statement would have added nothing significant to this argument. Further, the defence knew that the author of the undisclosed statement had been present at the apartment, but failed to have him testify, thereby suggesting that he had no helpful evidence to offer. [62] [65-66] [68-69]

passage des lettres en tant qu'aveu contraire aux intérêts de l'accusé. Il s'est plutôt appuyé sur le fait que, dans ses lettres, l'accusé avait constamment changé sa version des événements, avait tenté d'influencer des témoins, avait lancé la police sur de fausses pistes et avait blâmé les autres pour ses actions, et que tous ces actes n'étaient pas les actes d'une personne innocente. Il s'agit d'une inférence qui pouvait légitimement être tirée de l'ensemble de la preuve et que n'affecte en rien le malencontreux usage par la juge de termes évoquant une présomption dans ses directives au jury. Rien dans l'exposé n'empêchait le jury de faire un usage approprié des protestations d'innocence que contenaient les lettres et sur lesquelles s'appuyait la défense. La juge du procès a souligné aux jurés qu'il leur appartenait de décider du poids à accorder aux déclarations, et qu'ils pouvaient les accepter toutes ou certaines seulement, ou encore n'en accepter aucune. Elle leur a également dit à maintes reprises que l'accusé avait droit au bénéfice de tout doute raisonnable soulevé par la preuve, y compris celui soulevé par les déclarations disculpatoires figurant dans les lettres. [57-60]

Quant à l'omission du ministère public de communiquer tous les éléments de preuve pertinents, il convient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès dans les cas où l'accusé établit qu'il existe une possibilité raisonnable que la non-communication ait influé (1) sur l'issue du procès ou (2) sur l'équité globale du procès. En l'espèce, l'accusé ne satisfait pas au premier volet de l'analyse. L'élément de preuve proposé, selon lequel le seau s'est trouvé sur le balcon de M à un moment donné après le meurtre, n'aide pas à déterminer si c'est M ou l'accusé qui a en fait tué la victime. Cette preuve est également compatible avec le fait incontesté que M a participé à l'enfouissement des restes de la victime. À première vue, donc, le nouvel élément de preuve n'aurait pas pu réalistement influencer sur l'issue du procès. Pour mieux répondre à la question de savoir si cet élément aurait pu malgré tout influencer sur le verdict, il convient donc de se pencher sur le second volet de l'analyse et de s'interroger sur l'utilisation qu'aurait pu faire la défense de l'information non communiquée. En contre-interrogatoire, M a reconnu que le seau avait pu se trouver sur son balcon sans qu'il le sache. Il n'est pas réaliste de la part de l'accusé de prétendre que le témoignage de M aurait été différent s'il avait été confronté au procès à la déclaration non communiquée, et, de ce fait, que cet élément de preuve supplémentaire aurait pu ajouter quoi que ce soit d'appréciable. La thèse voulant que M ait pu être l'auteur du crime a été présentée au procès. La déclaration non communiquée n'aurait pas pu ajouter quoi que ce soit d'appréciable à cet argument. De plus, la défense connaissait la présence de l'auteur de la déclaration non communiquée à l'appartement et ne l'a pas fait témoigner, ce qui tend à indiquer qu'il n'avait rien d'utile à offrir. [62] [65-66] [68-69]

## Cases Cited

By LeBel and Fish JJ.

**Referred to:** *R. v. Trochym*, [2007] 1 S.C.R. 239, 2007 SCC 6; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86; *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; *R. v. Taillefer*, [2003] 3 S.C.R. 307, 2003 SCC 70; *R. v. Skinner*, [1998] 1 S.C.R. 298.

By Charron J. (dissenting)

*R. v. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359; *R. v. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Rojas*, [2008] 3 S.C.R. 111, 2008 SCC 56; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Taillefer*, [2003] 3 S.C.R. 307, 2003 SCC 70; *R. v. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67; *R. v. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378; *R. v. Gagné* (1998), 131 C.C.C. (3d) 444; *Driskell v. Dangerfield*, [2008] 6 W.W.R. 615, 2008 MBCA 60.

## Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 24(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(ii), (b)(iii), (2)(b).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Rowles, Donald and Chiasson JJ.A.) (2007), 237 B.C.A.C. 231, 392 W.A.C. 231, 217 C.C.C. (3d) 529, 46 C.R. (6th) 1, [2007] B.C.J. No. 364 (QL), 2007 CarswellBC 391, 2007 BCCA 125, upholding the conviction of the accused for first degree murder. Appeal allowed, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. dissenting.

*David M. Layton*, for the appellant.

*W. J. Scott Bell*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel and Fish JJ. was delivered by

LEBEL AND FISH JJ. —

## I. Overview

[1] With respect for the contrary opinion of Justice Charron, we would allow the appeal and order a new trial.

## Jurisprudence

Citée par les juges LeBel et Fish

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Trochym*, [2007] 1 R.C.S. 239, 2007 CSC 6; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Taillefer*, [2003] 3 R.C.S. 307, 2003 CSC 70; *R. c. Skinner*, [1998] 1 R.C.S. 298.

Citée par la juge Charron (dissidente)

*R. c. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359; *R. c. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Rojas*, [2008] 3 R.C.S. 111, 2008 CSC 56; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Taillefer*, [2003] 3 R.C.S. 307, 2003 CSC 70; *R. c. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67; *R. c. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378; *R. c. Gagné*, [1998] J.Q. n° 3240 (QL); *Driskell c. Dangerfield*, [2008] 6 W.W.R. 615, 2008 MBCA 60.

## Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(a)(ii), (b)(iii), (2)(b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Rowles, Donald et Chiasson) (2007), 237 B.C.A.C. 231, 392 W.A.C. 231, 217 C.C.C. (3d) 529, 46 C.R. (6th) 1, [2007] B.C.J. No. 364 (QL), 2007 CarswellBC 391, 2007 BCCA 125, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli, les juges Deschamps, Charron et Rothstein sont dissidents.

*David M. Layton*, pour l'appellant.

*W. J. Scott Bell*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel et Fish rendu par

LES JUGES LEBEL ET FISH —

## I. Aperçu

[1] Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par la juge Charron, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

[2] The appellant seeks a new trial on two grounds. First, that the trial judge improperly charged the jury that “the law presumes any incriminating part of the accused’s statement is likely to be true”, while exculpatory statements or “excuses” carry less weight. Second, that the Crown breached its constitutional duties by failing to disclose relevant evidence before — and even after — the trial.

[3] On the first ground, we agree with Justice Charron that the judge’s direction, known as a “*Duncan* instruction”, is indeed improper and, accordingly, should not have been included in the judge’s charge. As to the second, we agree that the Crown violated its *Charter* obligations of disclosure. In short, we agree with Justice Charron that both errors alleged by the appellant were in fact committed; unlike our colleague, however, we find that neither error can safely be characterized as “harmless”. On the contrary, we believe that either error would alone warrant a new trial and we would in any event, on account of their combined effect, have reached the same conclusion.

[4] We will first consider the improper jury instruction and then turn to the Crown’s breach of its constitutional duty of disclosure. Except as otherwise noted, we accept Justice Charron’s summary of the facts. Having reviewed the record and concluded that a new trial is necessary, however, we will relate those additional facts that are necessary to support this result.

## II. The Improper Jury Instruction

[5] In July 2001, Melanie Ovalle became the first significant witness to cooperate with the police investigation into the victim’s murder some three

[2] L’appelant demande la tenue d’un nouveau procès en invoquant deux moyens. D’abord, la juge du procès aurait à tort informé le jury que [TRADUCTION] « le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d’un accusé est probablement vrai », alors que les déclarations disculpatoires ou les [TRADUCTION] « excuses » ont moins de poids. Ensuite, le ministère public aurait manqué à ses obligations constitutionnelles en omettant de communiquer des éléments de preuve pertinents avant — et même après — le procès.

[3] Pour ce qui est du premier moyen, à l’instar de la juge Charron nous estimons que la directive de la juge — directive connue sous le nom de « directive de type *Duncan* » — est bel et bien incorrecte et qu’elle n’aurait donc pas dû être donnée au jury. Pour ce qui est du second, nous sommes également d’accord pour conclure que le ministère public a manqué aux obligations que lui impose la *Charte* en matière de communication de la preuve. Bref, tout comme la juge Charron, nous sommes d’avis que les deux erreurs reprochées par l’appelant ont effectivement été commises. Toutefois, à l’inverse de notre collègue, nous croyons qu’aucune de ces erreurs ne peut être qualifiée avec certitude d’« erreur sans conséquence ». Au contraire, nous estimons que l’une ou l’autre justifierait à elle seule la tenue d’un nouveau procès. Quoi qu’il en soit, par leur effet combiné, ces deux erreurs mènent à notre avis à la même conclusion.

[4] Nous examinerons dans un premier temps la directive erronée qui a été donnée au jury, puis nous nous pencherons sur la violation par le ministère public de son obligation constitutionnelle de communication de la preuve. Sauf indication contraire, nous acceptons l’exposé des faits de la juge Charron. Ayant revu le dossier et conclu qu’un nouveau procès devait être tenu, nous exposerons toutefois les faits additionnels nécessaires pour appuyer notre conclusion.

## II. La directive erronée au jury

[5] En juillet 2001, M<sup>me</sup> Melanie Ovalle est devenue le premier témoin important à collaborer à l’enquête policière sur le meurtre de la victime, commis

months earlier. On November 2, 2001, Derrick Madinsky, the only person other than the appellant present at the time of the victim's death, was arrested for the murder. He was soon released without charge and on November 8, 2001, the police arrested and charged the appellant. Later in November, Mr. Madinsky provided a "will say" statement to the police giving his account of events, subject to the proviso that neither the statement nor evidence obtained as a result thereof could be used against him. By the end of February 2002, he had formally agreed to be a Crown witness in exchange for an immunity and witness protection arrangement.

[6] The Crown's case rested largely on the testimony of Ms. Ovalle, Mr. Madinsky, and Garry Favell, another drug associate of the appellant, in addition to six letters that the accused wrote while in jail following his arrest. The incorrect *Duncan* instruction at issue here only applied to the contents of these letters.

[7] The accused wrote the first two letters, which are known in the record as the Madinsky and Prince George letters, to his associates after he learned that Ms. Ovalle was cooperating with the police but before finding out about Madinsky's immunity arrangement with the Crown. In each of the two letters the accused makes only exculpatory statements. For example, the letters state that Ms. Ovalle is mentally ill and suggests that her account of events, which tended to incriminate the accused, was motivated by jealousy over the amount of time he was spending with Lee-Anne Price, her closest friend.

[8] The letters also claim ignorance of the victim's fate, speculating that the victim may merely be in hiding, or that he may have been killed by Ms. Ovalle after a lovers' quarrel. One letter hypothesizes that blood matching the victim's, found in Mr. Madinsky's van, was either not the victim's at

environ trois mois plus tôt. Le 2 novembre 2001, M. Derrick Madinsky, la seule personne autre que l'appelant ayant été présente au moment du décès de la victime, a été arrêté pour meurtre. Il a rapidement été remis en liberté sans que des accusations ne soient portées contre lui et, le 8 novembre 2001, la police a arrêté et inculpé l'appelant. Plus tard en novembre, M. Madinsky a, dans une « déclaration anticipée », donné sa version des faits à la police, à la condition qu'aucune déclaration et qu'aucun élément de preuve en découlant ne puissent être utilisés contre lui. À la fin de février 2002, il avait officiellement accepté de témoigner pour le ministère public en échange d'une immunité et d'une entente prévoyant sa participation à un programme de protection des témoins.

[6] La preuve du ministère public reposait en grande partie sur les témoignages de M<sup>me</sup> Ovalle, de M. Madinsky et de M. Garry Favell, un autre associé de l'appelant dans le commerce de la drogue, ainsi que sur six lettres que l'accusé avait écrites en prison à la suite de son arrestation. La directive erronée de type *Duncan* qui est en litige dans la présente affaire visait uniquement le contenu de ces lettres.

[7] L'accusé a écrit les deux premières lettres (désignées au dossier comme les lettres adressées à Madinsky et les lettres adressées à Prince George) à ses associés après avoir appris que M<sup>me</sup> Ovalle collaborait avec la police, mais avant de savoir que M. Madinsky avait conclu avec le ministère public une entente d'immunité. Chacune des deux lettres ne contient que des déclarations disculpatoires de l'accusé. À titre d'exemple, il y est mentionné que M<sup>me</sup> Ovalle souffre de maladie mentale et que son récit des faits, qui tend à incriminer l'accusé, s'explique par la jalousie en raison du temps que l'accusé passait avec sa meilleure amie, M<sup>me</sup> Lee-Anne Price.

[8] En outre, l'accusé affirme dans ses lettres ignorer ce qui est arrivé à la victime et il avance l'hypothèse que cette dernière pourrait simplement se tenir cachée ou avoir été tuée par M<sup>me</sup> Ovalle à la suite d'une querelle d'amoureux. Une lettre suggère que le sang correspondant à celui de la

all or that “[the victim] and his boyfriend got into a fistfight in the van and got a bloody nose”.

[9] Finally, the letters urge the accused’s associates “not to confess to anything you haven’t done”; state that “NOTHING EVER HAPPENED, SO ANYTHING ANYBODY MAKES UP IS A LIE”; accuse the police of using “KGB police trick[s]”; and warn that the police “will try EVERYTHING to try to build a case, to try to fabricate evidence” (emphasis in original). While many of these statements are implausible in the context of the other evidence at trial, they are all exculpatory statements on their face.

[10] The next four letters — the “Kent letters” — also contain no admissions or confessions, but only statements that, if accepted as factually accurate, would tend to exonerate the accused. Two of the letters — written on yellow paper — provide instructions from the accused to Ms. Price, who was by then the accused’s wife, and to her uncle Gordon Fleming. These yellow letters detail a relatively elaborate scheme intended to mislead the police into believing that the other two Kent letters — written on white paper — had been written by the accused several months earlier.

[11] The yellow letters are explicit as to the purpose of this ruse: “There is our defence. The [white] letter says it all. Who killed, whom, why . . . . It will be like an ACE in our pocket. This could decide the case. Make it, or brake [*sic*] it.”

[12] The two white Kent letters were written after the appellant learned of Mr. Madinsky’s status as a Crown witness, but were backdated so as to appear to have been written months earlier. They point the finger at Mr. Madinsky acting at the urging of

victime, qui a été retrouvé dans la fourgonnette de M. Madinsky, n’était pas du tout celui de la victime, ou que [TRADUCTION] « [la victime] s’était battue à coups de poing avec son conjoint dans la fourgonnette et avait saigné du nez ».

[9] Enfin, dans ses lettres, l’accusé exhorte ses associés à [TRADUCTION] « ne pas confesser d’actes qu’[ils] n’[ont] pas commis »; il ajoute : « IL NE S’EST JAMAIS RIEN PASSÉ, DONC TOUT CE QU’ON RACONTE N’EST QUE MENSONGE »; il accuse la police d’utiliser des « ruse[s] digne[s] du KGB »; et il prévient ses associés que la police « ne reculera DEVANT RIEN pour étoffer le dossier, pour fabriquer de la preuve » (souligné dans l’original). Bien qu’un grand nombre de ces déclarations soient peu vraisemblables compte tenu des autres éléments de preuve produits au procès, à première vue, elles demeurent toutes disculpatoires.

[10] De même, les quatre autres lettres (les lettres adressées à Kent) ne contiennent ni aveux ni confessions. Elles ne comportent que des déclarations qui, si les faits qu’elles décrivent sont tenus pour avérés, tendraient à innocenter l’accusé. Dans deux de ces lettres — écrites sur du papier jaune — l’accusé donne des directives à M<sup>me</sup> Price, qui était alors son épouse, et à son oncle M. Gordon Fleming. Ces lettres sur papier jaune font état d’un plan assez élaboré visant à amener la police à croire que les deux autres lettres adressées à Kent — celles-là sur du papier blanc — avaient été écrites par l’accusé plusieurs mois auparavant.

[11] Les lettres sur papier jaune indiquent explicitement l’objectif de cette ruse : [TRADUCTION] « Voilà notre défense. La lettre [sur papier blanc] explique tout. Le nom du meurtrier, celui de la victime, le mobile [. . .] Ce sera comme un ATOUT en réserve. Qui pourrait sceller l’issue du procès. Qui pourrait faire pencher la balance dans un sens ou dans l’autre. »

[12] L’appelant a écrit les deux lettres adressées à Kent sur papier blanc après avoir appris que M. Madinsky témoignerait pour le ministère public. Il les a toutefois antidatées pour qu’elles paraissent avoir été écrites quelques mois auparavant.

Mr. Favell. The appellant claims in these letters that Mr. Madinsky and Mr. Favell are colluding to frame him. In one of the white letters, addressed to Mr. Madinsky, the appellant describes himself as having “put my ass on the line for you, to help you clean up your mess,” in apparent reference to the victim’s murder. He suggests that he has no choice but to take the fall for Madinsky and Favell because “[r]otting in jail is still better than a couple of extra nostrils in the back of my head.”

[13] As we have already observed — and both parties agree — none of the statements contained in these letters amount, in themselves, to confessions or admissions. The Crown thus relied on the letters not as admissions, but as post-offence conduct indicative of the accused’s guilt.

[14] The defence, on the other hand, argued that the statements in the letters that tended, on their face, to exonerate the accused and incriminate Madinsky were in fact true. The defence further argued that any fabricated statements in the letters were not evidence of guilt, but were rather the conduct of an innocent man, distrustful of police, who was attempting to exonerate himself of the murder charge while not betraying his involvement in other criminal activity.

[15] That the letters, on their face, contain only exculpatory statements sits uncomfortably with the trial judge’s *Duncan* instruction in her jury charge, which specifically refers to admissions contained in the letters and implicitly suggests that some of the statements are incriminating:

In this trial, the statements contained in the letters allegedly written by the accused contain both admissions, as

Ces lettres accusent M. Madinsky d’avoir agi sur les instances de M. Favell. Dans ces lettres, l’appellant prétend que M. Madinsky et M. Favell sont de connivence pour lui faire porter le chapeau. Dans l’une des lettres sur papier blanc, qui était adressée à M. Madinsky, l’appellant écrit : [TRADUCTION] « Je me suis foutu dans la merde pour vous, pour vous aider à vous tirer du pétrin dans lequel vous vous êtes fourrés », faisant apparemment référence au meurtre. Il laisse entendre qu’il n’a d’autre choix que de prendre le blâme pour MM. Madinsky et Favell, parce que [TRADUCTION] « [c]roupir en prison c’est quand même mieux que d’avoir deux ou trois narines de plus à l’arrière de la tête. »

[13] Comme nous l’avons déjà fait remarquer — et les deux parties s’entendent sur ce point — aucune des déclarations contenues dans ces lettres n’équivaut en soi à une confession ou à un aveu. Le ministère public a invoqué les lettres non pas en tant qu’aveux, mais plutôt comme preuve d’un comportement postérieur à l’infraction tendant à établir la culpabilité de l’accusé.

[14] Pour sa part, la défense a prétendu que les déclarations figurant dans les lettres, qui tendaient à première vue à disculper l’accusé et à incriminer M. Madinsky, étaient en fait véridiques. La défense a également soutenu que les déclarations fabriquées susceptibles de figurer dans les lettres ne constituaient pas des preuves de culpabilité, mais plutôt des actes accomplis par une personne innocente, qui se méfiait de la police et qui essayait de se disculper d’une accusation de meurtre tout en ne révélant pas sa participation à d’autres activités criminelles.

[15] Le fait que les lettres ne contiennent à première vue que des déclarations disculpatoires rend problématique la directive de type *Duncan* que la juge du procès a donnée au jury. En effet, dans cette directive elle fait expressément référence à des aveux contenus dans les lettres et laisse implicitement entendre que certaines des déclarations sont incriminantes :

[TRADUCTION] Dans le présent procès, les déclarations figurant dans les lettres qu’aurait écrites l’accusé

well [*sic*] excuses which tend to exonerate him. In the ordinary course of human behaviour it often occurs that statements of an incriminating nature, such as admissions or confessions, are likely to be true, otherwise why say them.

On the other hand, excuses for one's own behaviour are -- do not necessarily . . . carry the same persuasive weight. . . .

. . . .

If you find it reasonable to believe that the part of Mr. Illes' statements . . . where he denied committing the offence by offering an innocent explanation, then the statements may raise a reasonable doubt in your mind as to his guilt. Even if you do not believe that . . . part of Mr. Illes' statements denying he committed the offence by offering an innocent explanation, it may still raise a reasonable doubt in your mind as to his guilt.

On the other hand, any portion of the statements that tend to incriminate Mr. Illes in the commission of the offence only assist the Crown's case if you are convinced that portion is true beyond a reasonable doubt. This is because the law presumes any incriminating part of the accused's statement is likely to be true, otherwise why would an accused say so.

[16] As we understand her reasons, Justice Charron considers that these instructions could only have affected the jury's assessment of *explicit* admissions or confessions contained in the letters. Because the letters contained no such admissions, and because the Crown relied on the contents of the letters only as post-offence conduct consistent with guilt, she finds the impugned instructions harmless.

[17] With respect, we disagree. Faced with a discrepancy between letters that contain no facially incriminating statements and a charge that gives explicit directions relating to "admissions", "statements of an incriminating nature", and "statements that tend to incriminate Mr. Illes", it seems unlikely that the jury would regard these portions of the charge as mere surplusage. It is at least as

contiennent à la fois des aveux et des excuses qui tendent à l'innocenter. Compte tenu de la façon dont les gens se comportent ordinairement, il arrivera souvent que des déclarations incriminantes tels des aveux ou des confessions soient probablement vraies, car sinon pourquoi les gens feraient-ils de telles déclarations?

En revanche, les excuses invoquées par une personne pour justifier son comportement [. . .] n'ont pas nécessairement la même valeur persuasive. . . .

. . . .

Si vous estimez qu'il est raisonnable [. . .] d'ajouter foi à la partie des déclarations de M. Illes où il nie avoir commis l'infraction en fournissant une explication tendant à l'innocenter, alors les déclarations peuvent soulever dans votre esprit un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Même si vous ne croyez pas que [. . .] la partie des déclarations de M. Illes où il nie avoir commis l'infraction par une explication tendant à l'innocenter, elles peuvent encore soulever dans votre esprit un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

En revanche, tout passage des déclarations qui tendent à impliquer M. Illes dans la commission de l'infraction n'est utile au ministère public que si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que le passage en question est vrai. Il en est ainsi parce que le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d'un accusé est probablement vrai, car sinon pourquoi ce dernier aurait-il tenu ces propos?

[16] Si nous comprenons bien ses motifs, la juge Charron estime que ces directives n'auraient pu influencer que sur l'appréciation par le jury d'aveux ou de confessions *explicites* contenus dans les lettres. Puisque les lettres ne contenaient aucun aveu de ce genre, et que le ministère public n'a invoqué leur contenu que comme preuve d'un comportement postérieur à l'infraction tendant à établir la culpabilité, notre collègue conclut que les directives contestées étaient sans conséquence.

[17] En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. En présence de la contradiction que représentent pour les jurés, d'une part, des lettres ne comportant aucune déclaration à première vue incriminante et, d'autre part, un exposé de la juge leur donnant des directives explicites quant à des [TRADUCTION] « aveux », à des « déclarations incriminantes » et à des « déclarations qui tendent

plausible to conclude that the jury would understand the ambit of the impugned instruction to include not just “admissions” and “confessions” — of which there were none — but also statements in the letters that tend to incriminate the accused because they appear, in context, to be those of a guilty man. Put differently, the jury may well have understood the instructions to require what the law was said to “presume” — that more weight should be given to the incriminating inferences that could be drawn from the letters than to the facially exculpatory statements they contained.

[18] Indeed, the impugned portions of the jury charge do not make an especially clear distinction between statements that are incriminating on their face (e.g. admissions or confessions) and statements that are incriminating only in context (e.g. the claim that “nothing ever happened”). As noted above, the instruction refers not only to “admissions”, but also to “statements that tend to incriminate” and “statements of an incriminating nature”. The latter two formulations could well have been understood by the jury to include statements that tended to incriminate when read in context.

[19] The potential for jury confusion on the scope of the *Duncan* instruction is even more apparent when one appreciates that a single statement can be exculpatory on its face, but inculpatory when regarded in light of other evidence. Thus, for example, the claim that “NOTHING EVER HAPPENED, SO ANYTHING ANYBODY MAKES UP IS A LIE” is clearly exculpatory if accepted as literally true. But when read with other statements in the same letter, such as speculation that Ms. Ovalle may have killed the victim or that the victim was in hiding, the statement might appear disingenuous. When one considers that the statement was addressed to Mr. Madinsky, the only other person who could have

à impliquer M. Illes », il semble peu probable que le jury ait considéré ces parties de l’exposé comme de simples remarques superflues. Il est au moins tout aussi plausible de conclure que le jury a pu considérer que les directives contestées visaient non seulement les [TRADUCTION] « aveux » et les « confessions » — dont les lettres sont dépourvues — mais aussi les déclarations dans les lettres qui tendent à incriminer l’accusé parce qu’elles paraissent, eu égard au contexte, émaner d’une personne coupable. En d’autres mots, le jury peut fort bien avoir considéré que les directives l’obligeaient à faire ce que, lui avait-on dit, le droit [TRADUCTION] « présume » — c’est-à-dire qu’il faut accorder plus de poids aux inférences incriminantes pouvant être tirées des lettres qu’aux déclarations à première vue disculpatoires figurant dans celles-ci.

[18] De fait, les parties contestées de l’exposé au jury n’établissent pas de distinction particulièrement claire entre les déclarations manifestement incriminantes (p. ex. des aveux ou confessions) et des déclarations qui ne le sont qu’au regard du contexte (p. ex. la prétention selon laquelle [TRADUCTION] « Il ne s’est jamais rien passé »). Comme nous l’avons indiqué précédemment, les directives parlent non seulement d’[TRADUCTION] « aveux », mais également de « déclarations qui tendent à impliquer » et de « déclarations incriminantes ». Il est fort possible que le jury ait considéré que ces deux derniers termes visaient également les déclarations qui tendent à impliquer l’accusé lorsqu’elles sont envisagées au regard du contexte.

[19] Le risque de confusion de la part du jury quant à la portée de la directive de type *Duncan* devient encore plus évident si l’on considère qu’une déclaration donnée peut posséder un caractère apparemment disculpatoire, mais devenir incriminante si elle est étudiée à la lumière d’autres éléments de preuve. Par exemple, la prétention selon laquelle [TRADUCTION] « IL NE S’EST JAMAIS RIEN PASSÉ, DONC TOUT CE QU’ON RACONTE N’EST QUE MENSONGE », est carrément disculpatoire si on la tient littéralement pour avérée. Toutefois, si on l’examine à la lumière d’autres déclarations contenues dans la même lettre, telle l’hypothèse que M<sup>mc</sup> Ovalle pourrait avoir commis le meurtre ou

killed the victim, the claim that “NOTHING EVER HAPPENED” takes on a decidedly conspiratorial valence. While it may be possible to parse the jury instructions in such a way that it does not constitute a direction to favour these sorts of incriminating inferences over the exculpatory plain meaning of a statement, it remains entirely possible that the jury did not do so, and perhaps unreasonable to expect that it did.

[20] As suggested by Rowles J.A. in her dissenting reasons below ((2007), 237 B.C.A.C. 231, 2007 BCCA 125), when the jury charge is interpreted broadly in the way that we have described, it would appear to instruct the jury to discount the defence theory invoking the truth of some of the facially exculpatory statements in the letters, and to give greater weight to the Crown’s interpretation, which depended on the incriminating inferences that could be drawn from the letters. This prejudice to the defence is particularly acute when, as here, the instruction was couched in terms of a *legal presumption*. Thus, when the judge stated that “the law presumes any incriminating part of the accused’s statement is likely to be true”, the jury may well have understood this to mean that the incriminating inferences urged by the Crown were to be favoured *as a matter of law*.

[21] The question, then, is whether this potential for jury confusion warrants a new trial. It is well established that an improper jury instruction constitutes an error of law within the meaning of s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and that a new trial may be granted as a remedy under s. 686(2)(b) unless the harmless error proviso of s. 686(1)(b)(iii) applies. The Court has repeatedly held that the proviso can only be invoked with respect to “errors of a minor nature

que la victime pourrait se tenir cachée, la déclaration pourrait paraître un leurre. Lorsqu’on considère que la déclaration s’adressait à M. Madinsky, la seule autre personne susceptible d’avoir tué la victime, la prétention qu’« IL NE S’EST JAMAIS RIEN PASSÉ » prend clairement l’allure d’une conspiration. Certes, on pourrait disséquer les directives données au jury de manière à écarter l’interprétation qui y retrouverait une recommandation de privilégier ce genre d’inférences incriminantes par rapport au sens apparemment disculpatoire d’une déclaration donnée. Cependant, il reste néanmoins tout à fait possible que le jury ne les ait pas comprises ainsi. Il est peut-être même déraisonnable de s’attendre à ce qu’il l’ait fait.

[20] Comme l’a fait observer la juge Rowles de la Cour d’appel dans ses motifs dissidents ((2007), 237 B.C.A.C. 231, 2007 BCCA 125), lorsque l’exposé au jury est interprété largement, de la manière que nous venons de décrire, il semble recommander aux jurés de faire abstraction de la thèse de la défense selon laquelle certaines des déclarations à première vue disculpatoires contenues dans les lettres sont véridiques, et d’accorder plus de poids à l’interprétation prônée par le ministère public, qui reposait sur les inférences incriminantes pouvant être tirées des lettres. Le préjudice causé à la défense devient particulièrement grave dans un cas comme celui qui nous occupe où la directive est formulée comme une *présomption de droit*. En conséquence, lorsque la juge affirme que [TRADUCTION] « le droit presume que tout passage incriminant de la déclaration d’un accusé est probablement vrai », le jury peut fort bien avoir déduit de cette affirmation qu’il était tenu *en droit* de préférer les inférences incriminantes prônées par le ministère public.

[21] La question consiste donc à déterminer si cette possibilité de confusion du jury justifie la tenue d’un nouveau procès. Il est bien établi qu’une directive erronée au jury constitue une erreur de droit visée par le sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et qu’un nouveau procès peut être accordé à titre de réparation, en application de l’al. 686(2)(b), à moins que l’exception relative aux erreurs sans conséquence prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) ne s’applique. Notre Cour

having no impact on the verdict” or “serious errors which would justify a new trial, but for the fact that the evidence adduced was seen as so overwhelming that the reviewing court concludes that there was no substantial wrong or miscarriage of justice” (*R. v. Trochym*, [2007] 1 S.C.R. 239, 2007 SCC 6, at para. 81 (Deschamps J., for the majority), quoting *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86, at para. 26 (Arbour J., for the majority)). More succinctly, “the proviso should only be applied where ‘the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict’” (*R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53, at para. 11 (Bastarache J., for the majority), quoting *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 916 (Sopinka J., for the majority)).

[22] We cannot, of course, peer into the jury room. The jury’s deliberations remain shrouded in secrecy. It is nonetheless worth noting that the jury deliberated over four days; that the jurors indicated in a note to the judge on the evening of the first full day of deliberations that they were split on their decision; and that the jury was re-charged with a portion of the instructions containing the impugned language on the very day that it finally rendered the verdict. Furthermore, given that the three principal witnesses for the Crown were all subject to strong *Vetrovec* instructions and that the accused did not testify, the letters, written by the accused himself, were a particularly important part of the Crown’s case.

[23] In light of these considerations and those explained above, we cannot agree that the evidence in this case was so overwhelming that the jury would inevitably have reached the same verdict if properly directed in law. It is at least plausible, perhaps even likely, that the jury was influenced by the impugned *Duncan* instruction in drawing inculpatory inferences from the letters. Because the letters were a principal element of the Crown’s case, it

à maintes reprises décidé que cette disposition ne pouvait être invoquée que relativement à des « erreurs négligeables qui n’ont aucune incidence sur le verdict » ou à de « graves erreurs qui justifieraient la tenue d’un nouveau procès, si ce n’était que la cour d’appel juge la preuve présentée accablante au point de conclure qu’aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s’est produit » (*R. c. Trochym*, [2007] 1 R.C.S. 239, 2007 CSC 6, par. 81 (la juge Deschamps, au nom de la majorité), citant *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86, par. 26 (la juge Arbour, au nom de la majorité)). En bref, « la disposition ne doit être appliquée que dans les cas où “la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité” » (*R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53, par. 11 (le juge Bastarache, au nom de la majorité), citant *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, p. 916 (le juge Sopinka, au nom de la majorité)).

[22] Il est évidemment impossible de savoir ce qui s’est passé dans la salle des jurés. Les délibérations des jurés demeurent secrètes. Il convient toutefois de signaler les faits suivants : les jurés ont délibéré pendant quatre jours; dans une note écrite remise à la juge du procès le soir de leur premier jour complet de délibérations, ils ont indiqué qu’ils étaient divisés sur la décision à rendre; la juge du procès leur a répété une partie des directives — dont les passages contestés — le jour même où ils ont finalement rendu leur verdict. En outre, comme les trois témoins principaux du ministère public avaient tous été l’objet de sérieuses mises en garde de type *Vetrovec* et comme l’accusé n’a pas témoigné, les lettres que ce dernier avait lui-même écrites constituaient un élément particulièrement important de la preuve du ministère public.

[23] Pour ces raisons, ainsi que celles exposées plus tôt, nous ne pouvons admettre que, en l’espèce, la preuve était à ce point accablante que le jury aurait forcément rendu le même verdict s’il avait reçu des directives appropriées en droit. Il est à tout le moins plausible, voire probable, que le jury ait été influencé par la directive contestée de type *Duncan* lorsqu’il a tiré ses inférences incriminantes des lettres. Comme ces lettres constituaient un

cannot safely be said that the impugned instruction constituted harmless error.

### III. The Crown's Failure to Disclose

[24] With respect to the fresh evidence not available to the defence at trial due to the Crown's failure to disclose, a new trial is the appropriate remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if the accused can show that his right to make full answer and defence was thereby violated. In order to discharge this burden, the accused can show *either* "that there is a *reasonable possibility* the non-disclosure affected the outcome at trial" *or* that it affected "the overall fairness of the trial process" (*R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, at para. 34 (emphasis in original)).

[25] With respect to the first prong of the *Dixon* test, it is important to note that the issue here is not whether the undisclosed evidence *would* have made a difference to the trial outcome, but rather whether it *could* have made a difference. More precisely, the issue the appellate court must determine is whether there is a reasonable possibility that the additional evidence could have created a reasonable doubt in the jury's mind. See *R. v. Taillefer*, [2003] 3 S.C.R. 307, 2003 SCC 70, at para. 82.

[26] Our unanimous decision in *Taillefer* directs the court "not to examine the undisclosed evidence, item by item, to assess its probative value", but rather "to reconstruct the overall picture of the evidence that would have been presented to the jury had it not been for the Crown's failure to disclose the relevant evidence. Whether there is a reasonable possibility that the verdict might have been different must be determined having regard to the evidence in its entirety" (para. 82).

[27] With respect to the second prong of the *Dixon* test, an appellant need only establish a reasonable

des principaux éléments de la preuve du ministère public, il est impossible d'affirmer avec certitude que la directive contestée a constitué une erreur sans conséquence.

### III. L'omission par le ministère public de communiquer certains éléments de preuve

[24] En ce qui concerne les nouveaux éléments de preuve dont ne disposait pas la défense au procès parce que le ministère public ne les lui avait pas communiqués, un nouveau procès est la réparation convenable en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* si l'accusé peut démontrer que son droit à une défense pleine et entière a pour cette raison été violé. Pour s'acquitter de ce fardeau, l'accusé doit établir « qu'il y a une *possibilité raisonnable* que la non-divulgation ait influé sur l'issue [du procès] » *ou* qu'elle ait influé sur « l'équité globale du procès » (*R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, par. 34 (souligné dans l'original)).

[25] Relativement au premier volet du critère établi dans l'arrêt *Dixon*, il est important de souligner qu'il ne s'agit pas de se demander si les éléments de preuve non communiqués *auraient* influé sur l'issue du procès, mais plutôt s'ils *auraient pu* influencer sur l'issue du procès. De façon plus précise, le tribunal d'appel doit déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que les éléments de preuve additionnels auraient soulevé un doute raisonnable dans l'esprit des jurés. Voir *R. c. Taillefer*, [2003] 3 R.C.S. 307, 2003 CSC 70, par. 82.

[26] L'arrêt unanime de notre Cour dans l'affaire *Taillefer* demande aux tribunaux non « pas d'évaluer un à un les éléments de preuve non divulgués afin d'évaluer leur valeur probante », mais plutôt « de reconstruire le tableau global de la preuve qui aurait été présentée au jury, n'eût été l'omission du ministère public de divulguer la preuve pertinente. L'existence d'une possibilité raisonnable que le verdict aurait été différent doit être déterminée à la lumière de la preuve prise dans son ensemble » (par. 82).

[27] Relativement au deuxième volet du critère établi dans *Dixon*, l'appelant doit uniquement

possibility that the overall fairness of the trial process was impaired. This burden can be discharged by showing, for example, that the undisclosed evidence could have been used to impeach the credibility of a prosecution witness (see *Taillefer*, at para. 84), or could have assisted the defence in its pre-trial investigations and preparations, or in its tactical decisions at trial (see *R. v. Skinner*, [1998] 1 S.C.R. 298, at para. 12 (Cory J., for the Court)).

[28] The fresh evidence in issue here relates to an interview between the police and Michael Maze. According to the two withheld police accounts of the interview, Mr. Maze was present at Mr. Madinsky's apartment at some point in the days following the murder. While at the apartment, he was shown the head of the victim stored in a white "Home Depot" bucket. One account of the meeting adds that Mr. Maze saw the bucket located on the balcony and that Mr. Madinsky and Mr. Illes were among the people at the apartment at the time.

[29] Mr. Maze's evidence is significant because Mr. Madinsky claimed that he had no contact with the bucket until the day he travelled with the accused and Mr. Favell to dispose of it. More to the point, he consistently maintained that the bucket was never to his knowledge inside his apartment or on the balcony.

[30] His various accounts may charitably be described as a version in progress. For example, he initially stated that the blinds in his apartment looking out onto the deck "are open, you can see everything" (emphasis added). Later he said the opposite: "I like my blinds closed all the time" (emphasis added). But one thing is certain: *At no time* did Mr. Madinsky concede that he knew the Home Depot bucket and its gruesome contents were anywhere in his apartment *or on his balcony*.

établir qu'il existe une possibilité raisonnable d'atteinte à l'équité globale du procès. Il peut s'acquitter de ce fardeau en prouvant, par exemple, que les éléments de preuve non communiqués auraient pu être utilisés afin d'affaiblir la crédibilité d'un témoin de la poursuite (voir *Taillefer*, par. 84), ou auraient pu aider la défense dans ses enquêtes et préparatifs préalables au procès, ou dans ses décisions tactiques au moment de celui-ci (voir *R. c. Skinner*, [1998] 1 R.C.S. 298, par. 12 (le juge Cory, au nom de la Cour)).

[28] Les nouveaux éléments de preuve en cause ici se rapportent à une entrevue entre la police et M. Michael Maze. Selon les deux comptes rendus policiers de l'entrevue, lesquels n'ont pas été communiqués, M. Maze aurait été présent à l'appartement de M. Madinsky dans les jours qui ont suivi le meurtre. On lui aurait alors montré la tête de la victime, conservée dans un seau blanc de marque « Home Depot ». L'un des comptes rendus de l'entrevue précise que M. Maze a vu le seau sur le balcon et que MM. Madinsky et Illes se trouvaient à l'appartement à ce moment-là, en même temps que d'autres personnes.

[29] Les déclarations de M. Maze sont importantes, car M. Madinsky a prétendu qu'il n'avait été en présence du seau que durant le trajet effectué avec l'accusé et M. Favell pour aller disposer des restes de la victime. Plus précisément, M. Madinsky a toujours maintenu que, à sa connaissance, le seau ne s'était jamais trouvé dans l'appartement ou sur le balcon.

[30] Pour rester charitable, on peut qualifier les divers récits des faits par Madinsky de « versions évolutives des événements ». Par exemple, il a d'abord affirmé que les stores de son appartement placés devant l'ouverture qui donne sur le balcon [TRADUCTION] « sont ouverts, on peut tout voir » (nous soulignons). Plus tard, il a dit le contraire : « J'aime que les stores restent fermés en tout temps » (nous soulignons). Mais une chose est certaine : *À aucun moment* M. Madinsky n'a-t-il reconnu qu'il savait que le seau « Home Depot » ainsi que son horrible contenu se trouvaient quelque part dans son appartement *ou sur son balcon*.

[31] We disagree with Justice Charron's view that the Maze evidence would not have added anything of significance (para. 69). Not only does Mr. Maze's evidence place Mr. Madinsky and the bucket together at the same time in the apartment, but it suggests that the head was actively displayed at that time. Given the apparently small size of the apartment, evidence along these lines may have seriously undercut the credibility of Mr. Madinsky's core claim that he had no contact at all with the victim's severed head or the bucket in which it was stored — at his apartment or anywhere else — before the day he helped to dispose of it.

[32] That said, as Justice Charron correctly notes, details about the bucket's movements do not bear directly on the question of who shot the victim (para. 66). Furthermore, the defence was able to impeach Mr. Madinsky's credibility on several other grounds. Indeed, Mr. Madinsky admitted at trial to having perjured himself on the details of certain drug transactions.

[33] Nevertheless, when added to the overall picture of the evidence, there is a reasonable possibility that the Maze evidence could have created a reasonable doubt in the jury's mind. Most importantly, it could have tended to show that Mr. Madinsky — the only other possible shooter — was continuing to lie at trial. Mr. Madinsky claimed that his prior perjured statements were made in order to avoid reprisals from drug associates. The Maze evidence would have undermined this explanation by showing Mr. Madinsky to be lying about the circumstances of Dowling's murder, not just prior drug transactions. Furthermore, the defence could have used the inconsistencies between the two accounts as evidence tending to support its theory that key parts of Madinsky's testimony were fabrications intended to frame the accused for a murder that he himself had committed.

[34] It is impossible to know whether any use of the Maze evidence would actually have changed

[31] Nous ne partageons pas l'opinion de la juge Charron selon laquelle les déclarations de M. Maze n'auraient rien ajouté d'appréciable (par. 69). Non seulement ces déclarations indiquent-elles que M. Madinsky s'est trouvé dans l'appartement alors que le seau y était, mais elles tendent également à indiquer que la tête de la victime a à ce moment été exhibée. À cause de l'exiguïté apparente de l'appartement, une telle preuve aurait pu affaiblir sérieusement la crédibilité de la prétention principale de M. Madinsky, selon laquelle il n'avait jamais été en présence de la tête décapitée de la victime ou du seau dans lequel elle se trouvait — que ce soit à son appartement ou ailleurs — avant le jour où il a aidé à en disposer.

[32] Cela dit, comme le souligne avec justesse la juge Charron, les détails quant aux déplacements du seau ne permettent pas directement de déterminer qui a tué la victime (par. 66). De plus, la défense a été en mesure d'affaiblir la crédibilité de M. Madinsky sur plusieurs autres points. D'ailleurs, M. Madinsky a admis au procès s'être parjuré quant aux détails de certaines transactions de drogues.

[33] Quoi qu'il en soit, si on ajoute les déclarations de M. Maze au tableau global de la preuve, il est raisonnablement possible que ces déclarations auraient fait naître un doute raisonnable dans l'esprit des jurés. Aspect plus important encore, elles auraient pu tendre à établir que M. Madinsky — le seul autre tireur possible — continuait de mentir au procès. Ce dernier a affirmé que, s'il s'était parjuré antérieurement, c'était pour éviter les représailles de ses associés dans le commerce de la drogue. Les déclarations de M. Maze auraient affaibli la crédibilité de cette explication en établissant que M. Madinsky mentait à propos des circonstances du meurtre de M. Dowling, non pas seulement à propos de transactions de drogues antérieures. De plus, la défense aurait pu se servir des contradictions entre les deux récits comme preuve tendant à étayer sa théorie selon laquelle M. Madinsky avait fabriqué des parties clés de son témoignage en vue de faire porter à l'appelant le fardeau de la culpabilité d'un meurtre qu'il avait lui-même commis.

[34] Il est impossible de savoir si l'utilisation des déclarations de M. Maze aurait bel et bien changé

the jury's verdict. Fortunately, we need not answer that question. As noted above, under the first prong of the *Dixon* test, the appellant must only establish a reasonable possibility that the use of this missing evidence at trial could have raised a reasonable doubt in the jury's mind. In light of the considerations just recited, we feel bound to conclude that such a possibility did indeed exist and that the accused is therefore entitled to a new trial.

[35] Even if the first prong of the *Dixon* test were not decisive, the same disposition is even more clearly warranted under the second prong of that governing test, which requires a new trial if there is a reasonable possibility that the overall fairness of the trial process was jeopardized. In this case, the non-disclosure of the Maze evidence prevented the defence from mounting a more effective attack on Mr. Madinsky's testimony at trial, as we explained at paras. 27-32.

[36] Furthermore, the non-disclosure may have affected the defence's strategic decisions at trial, another way in which the overall fairness of the trial could have been jeopardized. In *Skinner*, this Court held that a new trial was warranted where there was a reasonable possibility that disclosure of a withheld statement could have affected the defence's decision not to call evidence. The situation is much the same in this case. The defence did not call any witnesses. Had the withheld evidence been available, it may well have chosen to call Mr. Maze to impeach Mr. Madinsky or for other reasons.

[37] Unlike Justice Charron, we are not persuaded "that the defence's failure to seek [Maze] out as a witness suggests that he had no helpful evidence to offer" (para. 69). Without the benefit of the undisclosed evidence, the defence was in no position to make the informed decision to which it was entitled by law. In this case, the failure of the defence to approach Mr. Maze is entirely understandable. Without the undisclosed evidence, the defence had no reason to expect that Maze, a drug trafficker,

le verdict du jury. Heureusement, nous n'avons pas besoin de répondre à cette question. Comme nous l'avons signalé précédemment, l'appelant n'a qu'à établir, suivant le premier volet du critère de l'arrêt *Dixon*, qu'il existait une possibilité raisonnable que l'utilisation de cette preuve manquante au procès aurait soulevé un doute raisonnable dans l'esprit des jurés. Pour les raisons que nous venons d'exposer, nous estimons devoir conclure qu'une telle possibilité existait effectivement et que, de ce fait, l'accusé a droit à un nouveau procès.

[35] Même si le premier volet du critère de l'arrêt *Dixon* n'était pas décisif en l'espèce, le deuxième volet de ce critère — qui exige la tenue d'un nouveau procès s'il existe une possibilité raisonnable d'atteinte à l'équité globale du procès — commande encore plus clairement cette conclusion. En l'espèce, la non-communication des déclarations de M. Maze a empêché la défense de contester efficacement le témoignage de M. Madinsky au procès, comme nous l'avons expliqué aux par. 27-32.

[36] En outre, la non-communication de cette preuve peut avoir influé sur les décisions stratégiques prises par la défense au procès, facteur susceptible d'avoir également compromis l'équité globale du procès. Dans *Skinner*, notre Cour a jugé que la tenue d'un nouveau procès était justifiée parce qu'il existait une possibilité raisonnable que la déclaration non communiquée aurait eu une incidence sur la décision de la défense de ne pas présenter de preuve. La situation paraît fort semblable en l'espèce. La défense n'a appelé aucun témoin. Si les éléments de preuve non communiqués l'avaient été, la défense aurait fort bien pu décider de faire témoigner M. Maze pour attaquer la crédibilité de M. Madinsky ou pour d'autres raisons.

[37] Contrairement à la juge Charron, nous ne sommes pas convaincus « que la décision de la défense de ne pas lui [Maze] demander de témoigner tend à indiquer qu'il n'avait rien d'utile à offrir » (par. 69). Privée du bénéfice de la preuve non communiquée, la défense n'était pas en mesure de prendre la décision éclairée que le droit l'autorisait à prendre. En l'espèce, cette décision de la défense de ne pas faire témoigner M. Maze est parfaitement compréhensible. En effet, sans la preuve

would testify truthfully as to the circumstances in which he saw the severed head in the bucket. Furthermore, the defence *and the Crown* would both know from the disclosure that Mr. Maze had given some of the relevant evidence as a Crown witness in the *R. v. Polo* case (see B.C. Court of Appeal judgment, at paras. 106-7). It seems reasonable to expect that this could well have tempered any concerns the defence might have had that he would become an easy target for impeachment, in view of his criminal past. Defence counsel's failure to seek him out may well have reflected these considerations — both of which would have been mitigated had the withheld evidence been disclosed — rather than a determination that Mr. Maze's evidence would have been unhelpful.

[38] Because there is a reasonable possibility that the absence of Mr. Maze's testimony (i) deprived the defence of the opportunity to impeach Mr. Madinsky on additional important grounds, and (ii) may have affected the defence counsel's trial strategy, we have concluded that the non-disclosure affected the overall fairness of the trial and that a new trial is warranted under this prong of the *Dixon* test as well.

#### IV. Conclusion

[39] For all of these reasons, we believe, as mentioned at the outset, that the appeal should be allowed, the appellant's conviction should be set aside, and a new trial must be had.

The reasons of Deschamps, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

CHARRON J. (dissenting) —

##### 1. Overview

[40] Following his trial by judge and jury, the appellant, Mihaly Illes, was convicted of first

non communiquée, la défense n'avait aucune raison de croire que M. Maze, un trafiquant de drogue, viendrait témoigner sincèrement quant aux circonstances dans lesquelles il avait vu la tête coupée dans le seau. De plus, à la suite de la communication de la preuve, tant la défense *que le ministère public* auraient su que M. Maze avait fourni certains des éléments de preuve pertinents comme témoin à charge dans l'affaire *R. c. Polo* (voir l'arrêt de la Cour d'appel de la C.-B., par. 106-107). Il paraît donc raisonnable de penser que cela aurait fort bien pu dissiper toute crainte de la défense que la crédibilité de ce témoin aurait pu être facilement attaquée compte tenu de ses antécédents criminels. Le fait que l'avocat de la défense n'ait pas demandé à M. Maze de venir témoigner pourrait bien découler de ces deux considérations — dont l'importance aurait été atténuée s'il y avait eu communication de la preuve en question — plutôt que d'une décision que les déclarations de M. Maze n'auraient pas été utiles.

[38] Vu la possibilité raisonnable que l'absence du témoignage de M. Maze (i) ait empêché la défense d'attaquer la crédibilité de M. Madinsky sur d'autres points importants, et (ii) ait eu une incidence sur la stratégie que l'avocat de la défense a adoptée au procès, nous concluons que la non-communication a influé sur l'équité globale du procès et que la tenue d'un nouveau procès est également justifiée au regard de ce volet du critère de l'arrêt *Dixon*.

#### IV. Conclusion

[39] Pour tous ces motifs, nous sommes d'avis, comme nous l'avons souligné au départ, que le pourvoi devrait être accueilli, la déclaration de culpabilité de l'appelant annulée et la tenue d'un nouveau procès ordonnée.

Version française des motifs des juges Deschamps, Charron et Rothstein rendus par

LA JUGE CHARRON (dissidente) —

##### 1. Aperçu

[40] À l'issue de son procès devant juge et jury, l'appelant Mihaly Illes a été déclaré coupable de

degree murder in respect of the death of Javan Luke Dowling. On his appeal from conviction, he argued that the trial judge erred in several respects in her instructions to the jury. The British Columbia Court of Appeal rejected all his complaints, save for the instruction regarding the weight which should be given to out-of-court statements made by an accused. The court concluded that the trial judge erred by saying that “the law presumes any incriminating part of the accused’s statement is likely to be true, otherwise why would an accused say so” (emphasis added).

[41] The impugned instruction, albeit without the presumptive language, is modelled on the jury charge recommended by the English Court of Appeal in *R. v. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359. The Court of Appeal in the case at bar, based on its own decision in *R. v. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412, concluded that it is dangerous to instruct the jury in a manner that suggests that inculpatory and exculpatory statements ought to be weighed differently, particularly when the instruction is couched in presumptive terms. The court was divided however on the effect of the impugned instruction in the context of Mr. Illes’s trial. The majority concluded that the verdict would necessarily have been the same despite the error. Rowles J.A., dissenting, was of the view that the instruction could not be regarded as a harmless error and, consequently, would have granted a new trial on that ground.

[42] Mr. Illes also brought an application to introduce fresh evidence before the Court of Appeal, alleging a material non-disclosure of evidence by the Crown. The court was divided on the outcome of this application as well. The majority accepted that the information ought to have been disclosed by the Crown but concluded that even if it had been available to the defence, it could not realistically have made a difference at trial. The application was therefore dismissed. Rowles J.A. disagreed. She would have admitted the fresh

meurtre au premier degré relativement au décès de M. Javan Luke Dowling. En appel de sa déclaration de culpabilité, il a soutenu que la juge du procès avait commis plusieurs erreurs dans ses directives au jury. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a rejeté toutes ses prétentions, à l’exception de celle concernant la directive relative au poids à accorder aux déclarations extrajudiciaires faites par l’accusé. La Cour d’appel a conclu que la juge du procès avait eu tort d’affirmer que [TRADUCTION] « le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d’un accusé est probablement vrai, car sinon pourquoi ce dernier aurait-il tenu ces propos? » (je souligne).

[41] Mis à part le fait qu’elle soit libellée comme une présomption, la directive contestée est calquée sur l’exposé au jury recommandé par la Cour d’appel d’Angleterre dans *R. c. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359. Se fondant sur sa propre décision dans *R. c. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412, la Cour d’appel a conclu en l’espèce qu’il était dangereux de donner au jury une directive donnant à penser que les déclarations inculpatrices et les déclarations disculpatoires doivent être soupesées différemment, surtout lorsque cette directive est formulée en termes évoquant une présomption. Par contre, la cour s’est divisée sur l’effet de la directive contestée dans le contexte du procès de M. Illes, les juges majoritaires concluant que le verdict aurait nécessairement été le même malgré l’erreur. Pour sa part, la juge Rowles, dissidente, a estimé que la directive ne pouvait être considérée comme une erreur sans conséquence et elle aurait, pour ce motif, ordonné la tenue d’un nouveau procès.

[42] Monsieur Illes a également demandé à la Cour d’appel l’autorisation de produire une preuve nouvelle, invoquant l’omission déterminante par le ministère public de communiquer un élément de preuve. La cour s’est en outre divisée sur l’issue de cette demande. Les juges majoritaires ont reconnu que l’information aurait dû être communiquée, mais ont conclu que, même si la défense en avait disposé, cette information n’aurait pas pu réalistement modifier l’issue du procès. La demande a donc été rejetée. La juge Rowles a exprimé son

evidence and ordered a new trial on that basis as well.

[43] Mr. Illes appeals to this Court as of right on both issues. For reasons that follow, I would dismiss the appeal.

## 2. The Facts and Proceedings Below

[44] The victim was shot four times in the back of the head. Mr. Illes was charged with first degree murder in respect of his death. The defence conceded at trial that the shooting took place in a van and that the only occupants of the van at the time of the shooting were the victim, Mr. Illes and Derrick Madinsky. All three individuals were involved in the drug trade. Mr. Madinsky agreed to testify for the Crown at Mr. Illes's trial in exchange for immunity and witness protection. Mr. Madinsky admitted that he and another drug associate, Garry Favell, disposed of the deceased's body but testified that Mr. Illes was the shooter. Mr. Illes did not testify but took the position at trial that Mr. Madinsky was the shooter.

[45] A significant feature of this case is that the victim's head was severed, kept in a plastic bucket and moved from place to place until it was buried several days later, separate from the rest of the body. Melanie Ovalle, a friend of Mr. Illes's then girlfriend and later wife, testified that Mr. Illes put the bucket with the severed head in her garage for a day before moving it to another location. When she asked why the victim was dead, Mr. Illes said he had to be dealt with because he was taking some of the cocaine from deliveries to feed his own habit. Mr. Illes had therefore shot him. In his account of the events, Mr. Madinsky also described the extent and nature of his own connection with the bucket containing the severed head. In essence, he denied ever having seen the bucket at his own apartment,

désaccord. Elle aurait admis le nouvel élément de preuve et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour ce motif.

[43] Monsieur Illes se pourvoit de plein droit devant notre Cour relativement à ces deux questions. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter son pourvoi.

## 2. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

[44] La victime a été abattue de quatre balles derrière la tête. Monsieur Illes a été accusé de meurtre au premier degré relativement à ce décès. Au procès, la défense a admis que les coups de feu avaient été tirés dans une fourgonnette, dont les seuls occupants à ce moment précis étaient la victime, ainsi que M. Illes et M. Derrick Madinsky. Ces trois personnes se livraient au commerce de la drogue. Monsieur Madinsky a accepté de témoigner pour le ministère public au procès de M. Illes en échange d'une immunité et de sa participation à un programme de protection des témoins. Monsieur Madinsky a reconnu que lui et un autre associé impliqué dans le commerce de la drogue, M. Garry Favell, s'étaient débarrassés du corps du défunt, mais il a déclaré que c'était M. Illes qui avait tiré. Monsieur Illes n'a pas témoigné, mais a soutenu au procès que c'était M. Madinsky qui avait fait feu sur la victime.

[45] Fait important en l'espèce, la tête de la victime a été coupée, puis conservée dans un seau en plastique et transportée d'un endroit à l'autre jusqu'à ce qu'on l'enfouisse dans le sol plusieurs jours plus tard, séparément du reste de la dépouille. Madame Melanie Ovalle, une amie de celle qui était alors la compagne de M. Illes et qui est devenue son épouse par la suite, a témoigné que M. Illes avait rangé le seau contenant la tête coupée dans son garage pendant une journée avant de l'emporter ailleurs. Lorsqu'elle a demandé pourquoi la victime était morte, M. Illes a répondu qu'il avait fallu l'éliminer, parce qu'il consommait de la cocaïne à même les livraisons pour nourrir sa propre dépendance. Monsieur Illes l'avait en conséquence abattu. Dans son récit des événements, M. Madinsky a aussi

but admitted his involvement in disposing of the remains. His testimony on this point acquires greater significance in the context of the fresh evidence application, and I will therefore review it in more detail later in these reasons.

[46] Mr. Illes was arrested based on information Ms. Ovalle gave to the police. While in custody, Mr. Illes wrote several letters to his friends. The letters were introduced in evidence by the Crown and their contents are the subject matter of the impugned jury instruction on out-of-court statements.

[47] In his letters, Mr. Illes proclaimed his innocence, implicating at first Ms. Ovalle and later Mr. Madinsky as the killer. It was conceded at trial that the letters were a ruse, as they were intended to fall in the hands of the police and provide a paper defence. This plan was revealed by one of the letters — not intended to be discovered by the police — in which Mr. Illes gave his girlfriend instructions on how to engineer the discovery of the fake letters by the police. The Crown relied on the fabrication of the letters as post-offence conduct tending to prove guilt. Although admitting that the letters were a ruse, the defence argued that the expressions of innocence contained in the letters were nonetheless truthful.

## 2.1 *The Jury Instructions*

[48] At the conclusion of the trial, the trial judge gave a strong *Vetrovec* warning in connection with Mr. Madinsky's testimony (*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811). She explained that Mr. Madinsky was an accomplice by virtue of his role in disposing of the victim's body, and that he had been granted immunity in exchange for testifying at Mr. Illes's trial. She also noted that Mr. Madinsky admitted to committing perjury at the preliminary hearing and to lying to both the police

décrit la nature et l'étendue de son propre lien avec le seau contenant la tête coupée. Essentiellement, il a nié avoir vu le seau dans son propre appartement, mais il a admis avoir participé à l'élimination des restes de la victime. Comme son témoignage sur ce point prend une plus grande importance dans le contexte de la demande de production d'un nouvel élément de preuve, j'y reviendrai plus loin en détail.

[46] Monsieur Illes a été arrêté sur la foi des renseignements que M<sup>me</sup> Ovalle a fournis à la police. Pendant sa détention, il a écrit plusieurs lettres à ses amis. Celles-ci ont été déposées en preuve par le ministère public et leur contenu est visé par la directive donnée au jury relativement aux déclarations extrajudiciaires qui est contestée.

[47] Dans ses lettres, M. Illes proclame son innocence, et implique d'abord M<sup>me</sup> Ovalle, puis M. Madinsky, à titre de tireur. Au procès, il a été admis que les lettres étaient une ruse, qu'elles étaient censées tomber entre les mains de la police et fournir un moyen de défense fondé sur un document écrit. Ce plan a été mis au jour par une des lettres — que la police n'était pas censée découvrir — dans laquelle M. Illes donnait à sa petite amie des directives sur la façon d'organiser la découverte des fausses lettres par la police. Le ministère public a plaidé que la fabrication des lettres constituait un comportement postérieur à l'infraction tendant à établir la culpabilité. Bien qu'ayant admis que les lettres étaient une ruse, la défense a soutenu que les expressions d'innocence qu'elles contenaient n'en demeuraient pas moins vraies.

## 2.1 *Les directives au jury*

[48] À la fin du procès, la juge de première instance a fait aux jurés une sérieuse mise en garde de type *Vetrovec* relativement au témoignage de M. Madinsky (*Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811). Elle leur a expliqué que ce dernier était un complice en raison du rôle qu'il avait joué dans l'élimination du corps de la victime, et qu'il avait obtenu une immunité en échange de son témoignage au procès de M. Illes. Elle a aussi signalé que M. Madinsky avait reconnu s'être parjuré à l'enquête

and the prosecution. The trial judge told the jury that, given the many reasons for doubting Mr. Madinsky's veracity as a witness, it would be dangerous to rely on his evidence in the absence of some confirmation. Mr. Illes argued in the Court of Appeal, among other things, that the trial judge had erred by pointing out an excessive number of examples of evidence capable of supporting Mr. Madinsky's testimony. The court unanimously rejected this ground of appeal, and the correctness of the *Vetrovec* instruction is no longer in issue. As it relates to jury instructions, the appeal before this Court is only concerned with the trial judge's instruction to the jury on the weight they may give to the statements in Mr. Illes's letters.

[49] As stated earlier, the Crown relied on the fabrication of the letters as post-offence conduct from which guilt could be inferred. Although the letters were admitted fabrications, the defence argued that the proclamations of innocence contained in the letters were nonetheless true. The trial judge therefore instructed the jury on the weight to be given to the statements contained in the letters as follows:

When looking at the statements, you should also look to see if there is any evidence that appears to contradict the statements. When you determine whether the alleged statements of Mr. Illes are true, consider the condition of Mr. Illes at the time he is alleged to have made the statements. In this trial, the statements contained in the letters allegedly written by the accused contain both admissions, as well [*sic*] excuses which tend to exonerate him. In the ordinary course of human behaviour it often occurs that statements of an incriminating nature, such as admissions or confessions, are likely to be true, otherwise why say them.

On the other hand, excuses for one's own behaviour are -- do not necessarily carry -- sorry, do not necessarily carry the same persuasive weight. In the letters allegedly written by Mr. Illes he says a number of things which would suggest he is innocent. For example, in the Madinsky letter he refers to Melanie's -- and I -- in quotes, "bullshit story and this horrible accusation." He

préliminaire et avoir menti tant à la police qu'à la poursuite. La juge du procès a dit au jury que, compte tenu des nombreuses raisons de douter de la véracité du témoignage de M. Madinsky, il était dangereux de s'appuyer sur cet élément de preuve en l'absence d'une quelconque corroboration. En appel, M. Illes notamment a fait valoir que la juge du procès avait commis une erreur en donnant trop d'exemples d'éléments de preuve susceptibles d'étayer le témoignage de M. Madinsky. Comme la Cour d'appel a rejeté à l'unanimité ce moyen d'appel, le bien-fondé de la directive de type *Vetrovec* n'est plus en cause. Le pourvoi devant notre Cour ne porte que sur la directive que la juge du procès a donnée aux jurés relativement au poids qu'ils pouvaient accorder aux déclarations figurant dans les lettres de M. Illes.

[49] Comme nous l'avons vu, le ministère public a plaidé que la fabrication des lettres constituait un comportement postérieur à l'infraction dont on pouvait inférer la culpabilité de l'accusé. La défense a fait valoir que, s'il était admis que les lettres avaient été fabriquées, les proclamations d'innocence qu'elles contenaient n'en demeuraient pas moins vraies. La juge du procès a donc donné au jury la directive suivante quant au poids à accorder aux déclarations figurant dans les lettres :

[TRADUCTION] En examinant les déclarations, vous devez aussi vous demander s'il existe des éléments de preuve qui semblent les contredire. Pour déterminer si les prétendues déclarations de M. Illes sont véridiques, tenez compte de son état au moment où il les aurait faites. Dans le présent procès, les déclarations figurant dans les lettres qu'aurait écrites l'accusé contiennent à la fois des aveux et des excuses qui tendent à l'innocenter. Compte tenu de la façon dont les gens se comportent ordinairement, il arrivera souvent que des déclarations incriminantes tels des aveux ou des confessions soient probablement vraies, car sinon pourquoi les gens feraient-ils de telles déclarations?

En revanche, les excuses invoquées par une personne pour justifier son comportement sont -- n'ont pas nécessairement -- pardon, n'ont pas nécessairement la même valeur persuasive. Dans les lettres qu'il aurait écrites, M. Illes dit un certain nombre de choses qui donnent à penser qu'il est innocent. Dans la lettre à M. Madinsky, par exemple, il parle -- et je

suggests that Ms. Ovalle killed Mr. Dowling. In that same letter, he emphasizes, “Nothing ever happened, so anything anybody makes up is a lie.” In that same letter, he says that he is innocent and the truth will come out.

In the Kent letter, which is on the Crown’s -- which on the Crown’s theory was intended to be found by the police, and I’m referring to Tab 3C here, he says that Derrick and Garry wanted him to bite the bullet for them and that they are backstabbing him. In the second Kent letter, which the Crown says Mr. Illes planned to be seized by the police, again, Tab 3D, the accused says that Madinsky is letting him, and in quotes, “an innocent man rot in jail for something Madinsky and his friend[s] had done.”

You will recall I told you earlier that you do not have to accept or reject everything a witness says. The same thing applies to these statements of Mr. Illes. You may believe all of them, or part of them, or none of them. Please keep in mind that Mr. Illes is entitled to the benefit of any reasonable doubt you have, including a reasonable doubt about the truth of these statements or any part of them. Part of the statements allegedly made by Mr. Illes is exculpatory in the sense that it denies that he committed the offence, or provides an innocent explanation.

If you find it reasonable to believe that the part of Mr. Illes’ statements were -- sorry, if you find it reasonable to believe the part of Mr. Illes’ statements where he denied committing the offence by offering an innocent explanation, then the statements may raise a reasonable doubt in your mind as to his guilt. Even if you do not believe that that Mr. -- part of Mr. Illes’ statements denying he committed the offence by offering an innocent explanation, it may still raise a reasonable doubt in your mind as to his guilt.

On the other hand, any portion of the statements that tend to incriminate Mr. Illes in the commission of the offence only assist the Crown’s case if you are convinced that portion is true beyond a reasonable doubt. This is because the law presumes any incriminating part of the accused’s statement is likely to be true, otherwise why would an accused say so.

cite -- [TRADUCTION] « [de] l’histoire à dormir debout [de Melanie] et [de] cette horrible accusation ». Il sous-entend que M<sup>me</sup> Ovalle a tué M. Dowling. Dans la même lettre, il insiste en ajoutant ceci : [TRADUCTION] « Il ne s’est jamais rien passé, donc tout ce qu’on raconte n’est que mensonge. » Toujours dans la même lettre, il dit qu’il est innocent et que la vérité finira par éclater.

Dans la lettre adressée à Kent, qui, d’après le ministère public -- qui, selon la thèse du ministère public, était censée se retrouver entre les mains de la police, et je parle ici de l’onglet 3C, il dit que Derrick et Garry lui ont demandé de porter le chapeau pour eux et qu’ils le poignardent dans le dos. Dans la deuxième lettre adressée à Kent, dont M. Illes entendait que la police se saisisse également, d’affirmer le ministère public encore une fois, onglet 3D, l’accusé dit que M. Madinsky est en train de laisser, et je cite, [TRADUCTION] « un innocent croupir en prison pour quelque chose que Madinsky et [ses amis] ont fait. »

Vous vous souviendrez que je vous ai dit tout à l’heure que vous n’étiez pas tenus d’accepter ou de rejeter tout ce qu’un témoin dit. Cela vaut aussi pour les déclarations de M. Illes. Vous pouvez les croire toutes, n’en croire qu’une partie ou encore n’en croire aucune. Mais gardez à l’esprit que M. Illes a droit au bénéfice de tout doute raisonnable que vous pouvez avoir, y compris quant à la véracité de ces déclarations ou d’une partie d’entre elles. Une partie des déclarations qu’aurait faites M. Illes est disculpatoire en ce sens qu’elle tend à nier qu’il a commis l’infraction, ou fournit une explication tendant à l’innocenter.

Si vous estimez qu’il est raisonnable de croire que la partie des déclarations de M. Illes était -- pardon, si vous estimez qu’il est raisonnable d’ajouter foi à la partie des déclarations de M. Illes où il nie avoir commis l’infraction en fournissant une explication tendant à l’innocenter, alors les déclarations peuvent soulever dans votre esprit un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Même si vous ne croyez pas que M. -- la partie des déclarations de M. Illes où il nie avoir commis l’infraction par une explication tendant à l’innocenter, elles peuvent encore soulever dans votre esprit un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

En revanche, tout passage des déclarations qui tendent à impliquer M. Illes dans la commission de l’infraction n’est utile au ministère public que si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que le passage en question est vrai. Il en est ainsi parce que le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d’un accusé est probablement vrai, car sinon pourquoi ce dernier aurait-il tenu ces propos?

Finally, I want to emphasize that it is up to you to decide how much weight or importance, if any, you should give to the statements, or any part of them, if you decide the statements were made and that they are true. [paras. 64-70]

(Emphasis added.)

[50] Counsel at trial did not object to this aspect of the trial judge's charge. The jury found Mr. Illes guilty of first degree murder.

[51] On appeal to the British Columbia Court of Appeal, Mr. Illes argued that the trial judge erred in instructing the jury that the incriminating aspects of the accused's statements could be weighed in a way different from the excuses contained in the statements. The court accepted this argument, stating that, although arguably correct at the time it was given, in light of the court's later decision in *David* this type of instruction should no longer be given to juries. However, while a similar instruction effectively took away the defence in *David*, Donald J.A., Chiasson J.A. concurring, concluded that the same could not be said in the case at bar. The majority was of the view that: "[r]ealistically, the appellant could derive no tangible benefit from his protestations of innocence within the context of so many obvious falsehoods" ((2007), 237 B.C.A.C. 231, 2007 BCCA 125, at para. 20). Donald J.A. noted that defence counsel made only a passing reference to the exculpatory aspects of the letters in his final address to the jury. Moreover, there were no inculpatory admissions in the letters upon which the presumption could operate. Although concluding that the trial judge erred by giving the impugned instruction, the majority applied the curative proviso under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[52] Rowles J.A., in dissent, concluded that the trial judge's erroneous instruction could not be cured by the proviso. In her view, "the impugned instruction created a presumption of law that the Crown theory of guilt was correct while undermining both

Enfin, je tiens à souligner qu'il vous appartient de décider du poids ou de l'importance, le cas échéant, que vous devez accorder aux déclarations ou à une partie de celles-ci, si vous décidez que les déclarations ont été faites et qu'elles sont véridiques. [par. 64-70]

(Je souligne.)

[50] Au procès, l'avocat ne s'est pas opposé à cet aspect de l'exposé de la juge. Le jury a déclaré M. Illes coupable de meurtre au premier degré.

[51] Devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, M. Illes a fait valoir que la juge du procès avait eu tort d'indiquer au jury que les aspects incriminants des déclarations de l'accusé pouvaient être soupesés différemment des excuses que contenaient ces mêmes déclarations. La Cour d'appel a retenu cet argument, affirmant que, quoiqu'il soit possible de soutenir que cette directive était exacte au moment où elle a été donnée, à la lumière de son arrêt subséquent *David*, ce genre de directive ne devrait plus être donné aux jurys. Toutefois, bien qu'une directive semblable ait effectivement permis d'écarter le moyen de défense dans *David*, le juge Donald, avec l'appui du juge Chiasson, a conclu qu'on ne pouvait en dire autant en l'espèce. Les juges majoritaires ont estimé que : [TRADUCTION] « Réalistement, l'appelant ne pourrait tirer aucun avantage tangible de ses protestations d'innocence en présence d'autant de faussetés aussi manifestes » ((2007), 237 B.C.A.C. 231, 2007 BCCA 125, par. 20). Le juge Donald a fait observer que l'avocat de la défense n'avait fait qu'une brève allusion aux aspects disculpatoires des lettres dans son exposé final au jury. En outre, les lettres ne contenaient aucun aveu inculpatoire susceptible de faire jouer la présomption. Après avoir conclu que la juge du procès avait eu tort de donner la directive contestée, les juges majoritaires ont néanmoins appliqué la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[52] La juge Rowles, dissidente, a estimé que la directive erronée de la juge du procès ne pouvait être corrigée par la disposition réparatrice. À son avis, [TRADUCTION] « la directive contestée créait une présomption de droit que la thèse de la

the defence theory and the presumption of innocence” (para. 89). Nor was this a case, in her view, in which it could be said that “the evidence was so overwhelming that the result would inevitably have been the same had the error not been made” (para. 94). Therefore, she would have allowed the appeal on this ground.

## 2.2 *The Fresh Evidence Application*

[53] Sometime after his trial, Mr. Illes became aware that a person named Michael Maze had been interviewed by two Vancouver Police Department homicide detectives during their investigation of the Dowling murder. Mr. Maze told them that shortly after the murder, he met with Mr. Madinsky, Mr. Illes and others at Mr. Madinsky’s apartment, and that there was a bucket on the balcony with a human head in it. The detectives did not provide this information to Crown counsel because, at the time, Mr. Maze was a confidential informant in respect of another investigation in Alberta and his identity could not be disclosed. Further, one of the officers stated that he did not believe Mr. Maze at the time. Although Mr. Maze ceased to be a confidential informant sometime before the trial commenced in this case, the police did not provide Mr. Maze’s statement to the Crown until it was requested by the defence after the trial.

[54] Mr. Illes sought to adduce Mr. Maze’s statement to the police as fresh evidence in the Court of Appeal. He argued that the Crown’s failure to disclose the contents of the interview with Mr. Maze violated his right to make full answer and defence. In particular, he stated that, given Mr. Madinsky’s evidence that he had not seen a bucket at his apartment and the importance of his credibility in the case against Mr. Illes, the information could have been used at trial to further discredit the witness. He argued that the evidence could also have been used to support the defence theory that the police

culpabilité avancée par le ministère public était juste tout en affaiblissant à la fois la thèse de la défense et la présomption d’innocence » (par. 89). Il ne s’agissait pas non plus, selon elle, d’un cas où l’on pouvait dire que [TRADUCTION] « la preuve était à ce point accablante que le résultat aurait inévitablement été le même si l’erreur n’avait pas été commise » (par. 94). Elle aurait donc accueilli l’appel pour ce motif.

## 2.2 *La demande d’autorisation de produire un nouvel élément de preuve*

[53] Quelque temps après son procès, M. Illes a appris qu’un certain Michael Maze avait été interrogé par deux enquêteurs de l’escouade des homicides du service de police de Vancouver dans le cadre de l’enquête sur le meurtre de M. Dowling. Monsieur Maze leur a dit que, peu de temps après le meurtre, il avait rencontré M. Madinsky, M. Illes et d’autres personnes à l’appartement du premier, et qu’il avait vu un seau contenant une tête humaine sur le balcon. Les enquêteurs n’ont pas transmis cette information à l’avocat du ministère public parce que, à ce moment-là, M. Maze agissait comme indicateur dans une autre enquête en Alberta et que son identité ne pouvait être communiquée. En outre, un des enquêteurs a affirmé qu’il ne l’avait pas cru à l’époque. Bien que M. Maze ait cessé d’agir comme indicateur quelque temps avant le début du procès en l’espèce, la police n’a pas transmis sa déclaration au ministère public tant que la défense n’en a pas fait la demande une fois le procès terminé.

[54] Devant la Cour d’appel, M. Illes a cherché à produire, en tant que nouvel élément de preuve, la déclaration faite par M. Maze à la police. Il a soutenu que l’omission par le ministère public de communiquer le contenu de l’entrevue avec M. Maze portait atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Plus précisément, M. Illes a affirmé que, compte tenu du témoignage de M. Madinsky selon lequel il n’avait pas vu de seau dans son appartement et l’importance de la crédibilité de ce dernier dans la preuve présentée contre lui, l’information aurait pu être utilisée au procès pour discréditer

had “tunnel vision” in pursuing the investigation of Mr. Illes to the exclusion of the other likely suspect, Mr. Madinsky.

[55] The Court of Appeal concluded that the evidence met the relevance standard set by *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and held that the statements ought to have been disclosed. However, the majority went on to conclude that, in the context of the evidence at trial, the Maze disclosure could not realistically have made a difference. Donald J.A. reasoned as follows:

It is doubtful in my view that, in the context of all the evidence, confronting Madinsky with evidence that he saw the head in the bucket at his apartment would have had a measurable effect on his credibility or the integrity of the police investigation. At the preliminary inquiry, he said he did not see it. In preparation for trial, he modified that by saying the bucket could have been in his apartment without his seeing it, and that was his testimony at trial. Maze’s statement to the police does not say that Madinsky in fact saw it. [para. 37]

In addition, Donald J.A. observed that Mr. Illes’s knowledge of Mr. Maze’s presence shortly after the murder and the fact that Mr. Illes did not pursue him for evidence tended to show that Mr. Maze had nothing to offer the defence.

[56] Rowles J.A. disagreed with the majority. In her view, the possible utility to the defence of the Maze information could not be regarded as a matter of pure speculation or fancy. It could not be said that the non-disclosure would not have affected the outcome of the trial or the overall fairness of the trial proceedings. Consequently, she would have admitted the fresh evidence and ordered a new trial on that basis as well.

davantage le témoin. Monsieur Illes a prétendu que cet élément de preuve aurait également pu être utilisé pour étayer la thèse de la défense voulant que la police ait « porté des œillères » en n’enquêtant que sur lui, sans s’intéresser à l’autre suspect probable, M. Madinsky.

[55] La Cour d’appel a statué que l’élément de preuve satisfaisait à la norme en matière de pertinence établie dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et elle a jugé que les déclarations auraient dû être communiquées. Toutefois, les juges majoritaires ont ensuite conclu que, eu égard à la preuve présentée au procès, la communication de la déclaration de M. Maze n’aurait pas pu réaliste-ment modifier l’issue de l’instance. Le juge Donald a adopté le raisonnement suivant :

[TRADUCTION] Je doute que, eu égard à l’ensemble de la preuve, le fait de mettre M. Madinsky en présence d’un élément de preuve indiquant qu’il avait vu la tête dans le seau dans son appartement aurait pu avoir un effet mesurable sur sa crédibilité ou sur l’intégrité de l’enquête policière. À l’enquête préliminaire, il a dit qu’il ne l’avait pas vue. En se préparant en vue du procès, il a modifié sa déclaration et affirmé que le seau avait peut-être pu se trouver dans son appartement sans qu’il l’ait vu, et c’est ce qu’il a dit au procès durant son témoignage. La déclaration de M. Maze à la police ne dit pas qu’il a effectivement vu le seau. [par. 37]

De plus, le juge Donald a mentionné que M. Illes était au courant de la présence de M. Maze peu après le meurtre et que le fait qu’il n’ait pas tenté d’obtenir son témoignage tendait à démontrer que ce dernier n’avait rien à apporter à la défense.

[56] La juge Rowles a dit être en désaccord avec les juges majoritaires. À son avis, l’utilité éventuelle pour la défense de l’information contenue dans la déclaration de M. Maze ne pouvait être considérée comme relevant de la pure conjecture ou de l’imagination. Il était impossible d’affirmer que la non-communication n’aurait pas influé sur l’issue du procès ou sur l’équité globale de celui-ci. En conséquence, elle aurait admis le nouvel élément de preuve et ordonné la tenue d’un nouveau procès pour ce motif également.

### 3. Analysis

#### 3.1 *The Mixed Statement Instruction*

[57] The first ground of appeal raises the question whether, when faced with statements by an accused containing both inculpatory and exculpatory elements, a trial judge may, or should, instruct the jury that “the incriminating parts are likely to be true otherwise why say them?”, whereas excuses for one’s behaviour do not necessarily carry the same weight. As explained more fully in *R. v. Rojas*, [2008] 3 S.C.R. 111, 2008 SCC 56, released concurrently, the mixed statement instruction originates from the English Court of Appeal’s decision in *Duncan*. For reasons stated in *Rojas*, I agree with the court below that it is dangerous for a trial judge to instruct the jury in a manner that suggests that inculpatory and exculpatory statements ought to be weighed differently. I therefore conclude that the *Duncan* instruction should not be adopted by Canadian trial courts.

[58] That said, as I explained in *Rojas*, the issue of whether a *Duncan*-type instruction constitutes misdirection in any given case will depend entirely on the particular words used and their context. The main difficulty in this case is that the trial judge added words suggestive of a legal presumption to the effect that incriminating parts of an accused’s statement are likely to be true. As stated in *Rojas*, where a *Duncan*-type instruction is couched in terms of a legal presumption, the prejudicial effect may be difficult to overcome. Nevertheless, having regard to the contents of the letters in question, their admitted fabrication by Mr. Illes, the respective use made of the evidence at trial by the Crown and the defence, and the instructions to the jury as a whole, I agree with the majority in the Court of Appeal that this unfortunate instruction, although given in error, could not realistically have impacted on the verdict.

### 3. Analyse

#### 3.1 *La directive relative aux déclarations mixtes*

[57] Le premier moyen d’appel soulève la question de savoir si, dans les cas où des déclarations faites par un accusé comportent à la fois des éléments inculpataires et des éléments disculpatoires, le juge du procès peut, ou doit indiquer au jury que [TRADUCTION] « les passages incriminants sont probablement vrais, car sinon pourquoi l’intéressé aurait-il tenu de tels propos? », mais que les éléments excusant le comportement n’ont pas nécessairement le même poids. Comme il est expliqué plus en détail dans l’arrêt *R. c. Rojas*, [2008] 3 R.C.S. 111, 2008 CSC 56, rendu à la même date que la présente décision, la directive relative à la déclaration mixte tire son origine de l’arrêt *Duncan* de la Cour d’appel d’Angleterre. Pour les motifs exposés dans *Rojas*, je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’il est dangereux pour le juge du procès de donner au jury une directive donnant à penser que les déclarations inculpataires et les déclarations disculpatoires doivent être soupesées différemment. J’estime donc que les tribunaux canadiens de première instance ne devraient pas adopter la directive de type *Duncan*.

[58] Cela dit, comme je l’ai expliqué dans *Rojas*, la question de savoir si une directive de type *Duncan* est erronée dans un cas donné dépendra entièrement des termes utilisés et de leur contexte. La principale difficulté que pose la présente affaire tient au fait que la juge du procès a ajouté à la directive une formule évoquant l’existence d’une présomption légale selon laquelle les passages incriminants de la déclaration d’un accusé sont probablement vrais. Comme il est indiqué dans l’arrêt *Rojas*, lorsque la directive de type *Duncan* est formulée comme une présomption de droit, son effet préjudiciable peut se révéler difficile à surmonter. Néanmoins, étant donné le contenu des lettres en question, l’aveu par M. Illes qu’il les a fabriquées, l’usage respectif que le ministère public et la défense ont fait de cette preuve au procès et l’ensemble des directives au jury, je suis d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel pour dire que, bien qu’elle ait à tort été donnée, cette malencontreuse directive n’a pas pu réaliste-ment influencer sur le verdict.

[59] Most significantly, the letters contained no admissions in respect of which the impugned instruction could be applied. The Crown did not rely on anything in the letters as an admission against the accused's interest. The Crown relied, rather, on the fact that Mr. Illes, by his letters, presented an ever-changing story, tried to influence witnesses and mislead the police in their investigation, and blamed others for his actions, arguing that these were not the actions of an innocent man. This was a permissible inference to be drawn from the totality of the evidence and one which is not in any way affected by the unfortunate use of the presumptive language in the judge's instructions. I respectfully disagree that the impugned instruction could reasonably have been interpreted by the jury as requiring them, as a matter of law, to favour the Crown's *theory* of guilt as Rowles J.A. concludes (at para. 89), a view which my colleagues seemingly endorse (para. 20).

[60] Further, nothing in the charge would have prevented the jury from making appropriate use of the protestations of innocence contained in the letters and relied upon by the defence. The trial judge emphasized to the jury that it was up to them to decide how much weight to give to the statements, and that they could accept all of them, some of them or none of them. The trial judge also repeatedly told the jury that Mr. Illes was entitled to the benefit of any reasonable doubt raised by the evidence, including a reasonable doubt raised by the exculpatory statements in the letters.

[61] In the circumstances, I would not give effect to this ground of appeal.

### 3.2 *The Maze Non-Disclosure*

[62] The Crown's obligation to disclose all relevant material in its possession under *Stinchcombe* is subject to claims of privilege. However, the Crown is not relying on informant privilege in respect of Mr. Maze's statement to the police. Although Mr. Maze was a confidential informant at the time he

[59] Fait plus important encore, les lettres ne contenaient aucun aveu auquel la directive contestée pouvait s'appliquer. Le ministère public n'a invoqué aucun passage des lettres en tant qu'aveu contraire aux intérêts de l'accusé. Il s'est plutôt appuyé sur le fait que, dans ses lettres, M. Illes avait constamment changé sa version des événements, avait tenté d'influencer des témoins, avait lancé la police sur de fausses pistes et avait blâmé les autres pour ses actions, et que tous ces actes n'étaient pas les actes d'une personne innocente. Il s'agit d'une inférence qui pouvait légitimement être tirée de l'ensemble de la preuve et que n'affecte en rien le malencontreux usage par la juge de termes évoquant une présomption dans ses directives au jury. Avec égards, je ne peux souscrire à la conclusion de la juge Rowles de la Cour d'appel (par. 89) selon laquelle le jury a pu raisonnablement considérer que la directive contestée l'obligeait, en droit, à privilégier la *thèse* de la culpabilité avancée par le ministère public, point de vue auquel se rallient apparemment mes collègues (par. 20).

[60] De plus, rien dans l'exposé n'empêchait le jury de faire un usage approprié des protestations d'innocence que contenaient les lettres et sur lesquelles s'appuyait la défense. La juge du procès a souligné aux jurés qu'il leur appartenait de décider du poids à accorder aux déclarations, et qu'ils pouvaient les accepter toutes ou certaines seulement, ou encore n'en accepter aucune. Elle leur a également dit à maintes reprises que M. Illes avait droit au bénéfice de tout doute raisonnable soulevé par la preuve, y compris celui soulevé par les déclarations disculpatoires figurant dans les lettres.

[61] Dans les circonstances, je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

### 3.2 *La non-communication de la déclaration de M. Maze*

[62] L'obligation qu'a le ministère public, conformément à l'arrêt *Stinchcombe*, de communiquer tous les éléments pertinents qu'il a en sa possession est subordonnée au respect des privilèges susceptibles d'être invoqués à cet égard. Cependant, le ministère public n'invoque pas le privilège relatif

gave the information in question to the police, he had waived his confidential status by the time Mr. Illes's trial began.

[63] While the Crown, in answer to Mr. Illes's application, explains the circumstances surrounding the non-disclosure, it does not dispute that the proposed fresh evidence meets the *Stinchcombe* threshold of relevance. Relevance for the purpose of disclosure is broadly defined and includes any information that could reasonably be used by the accused in making full answer and defence: *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, at para. 21, *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 27. Notably, the Crown's disclosure obligation extends to relevant information which the Crown does not believe to be credible (*Stinchcombe*, at p. 346), and evidence which the Crown does not intend to call at trial (*R. v. Taillefer*, [2003] 3 S.C.R. 307, 2003 SCC 70, at para. 59). It is also no answer to the Crown's failure to disclose to say that Crown counsel were unaware of the Maze information because the police did not provide it to them. The police have a corollary duty to disclose to the Crown the fruits of their investigation: *R. v. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67 (Man. C.A.); *R. v. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378 (C.A.), at p. 382; *R. v. Gagné* (1998), 131 C.C.C. (3d) 444 (Que. C.A.), at p. 455; and *Driskell v. Dangerfield*, [2008] 6 W.W.R. 615, 2008 MBCA 60, at para. 17.

[64] However, as this Court explained in *Dixon*, it is not sufficient to show that the accused's right to disclosure has been breached to upset a verdict. The question remains whether a new trial is the appropriate remedy (at para. 23):

The right to disclosure of all relevant material has a broad scope and includes material which may have only marginal value to the ultimate issues at trial. It follows

aux indicateurs en ce qui a trait à la déclaration de M. Maze à la police. Monsieur Maze était effectivement un indicateur lorsqu'il a fourni l'information en question à la police, mais il avait renoncé à ce statut au moment où le procès de M. Illes a commencé.

[63] Bien que, dans sa réponse à la demande de M. Illes, le ministère public explique les circonstances de la non-communication, il ne conteste pas que la preuve nouvelle proposée satisfaisait au critère préliminaire de pertinence établi dans l'arrêt *Stinchcombe*. Pour les besoins de la communication de la preuve, la notion de pertinence est définie largement et s'entend de tous les renseignements dont l'accusé pourrait raisonnablement se servir pour présenter une défense pleine et entière : *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, par. 21, *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 27. L'obligation de communiquer qui incombe au ministère public s'applique notamment aux renseignements pertinents que celui-ci ne juge pas dignes de foi (*Stinchcombe*, p. 346), et aux éléments de preuve qu'il n'a pas l'intention de produire au procès (*R. c. Taillefer*, [2003] 3 R.C.S. 307, 2003 CSC 70, par. 59). Le ministère public ne peut pas non plus justifier son manquement à son obligation de communiquer en prétextant que ses avocats ne connaissaient pas l'existence de l'information fournie par M. Maze au motif que la police ne la leur avait pas transmise. La police a l'obligation corrélative de communiquer au ministère public les résultats de son enquête : *R. c. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67 (C.A. Man.); *R. c. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378 (C.A.), p. 382; *R. c. Gagné*, [1998] J.Q. n° 3240 (QL) (C.A. Qué.), par. 22; et *Driskell c. Dangerfield*, [2008] 6 W.W.R. 615, 2008 MBCA 60, par. 17.

[64] Toutefois, comme notre Cour l'a expliqué dans *Dixon*, il ne suffit pas, pour faire casser un verdict, de démontrer qu'il y a eu violation du droit de l'accusé à la communication de la preuve. Encore faut-il déterminer si la tenue d'un nouveau procès est la réparation qui convient (par. 23) :

Le droit à la communication de tous les documents pertinents est large et vise les documents qui peuvent n'avoir qu'une importance secondaire par rapport aux

that the Crown may fail to disclose information which meets the *Stinchcombe* threshold, but which could not possibly affect the reliability of the result reached or the overall fairness of the trial process. In those circumstances there would be no basis for granting the remedy of a new trial under s. 24(1) of the *Charter*, since no harm has been suffered by the accused.

[65] This Court explained further in what circumstances it would be appropriate to order a new trial. The onus is on the accused on a balance of probabilities to show that his or her right to make full answer and defence was impaired. The accused will discharge this burden where he or she demonstrates that there is a reasonable possibility that the non-disclosure affected either (1) the outcome of the trial, or (2) the overall fairness of the trial process (*Dixon*, at para. 34). The first inquiry requires the court to consider whether there is a reasonable possibility that the undisclosed evidence, when considered in the context of the trial as a whole, could have impacted on the verdict (*Taillefer*, at para. 82). The second inquiry asks whether there is a reasonable possibility that the undisclosed evidence would have affected the defence's opportunity to pursue meaningful lines of inquiry with witnesses or gather additional evidence that would have been available but for the non-disclosure. As Cory J. aptly summarized the test (*Dixon*, at para. 36):

In short, the reasonable possibility that the undisclosed information impaired the right to make full answer and defence relates not only to the content of the information itself, but also to the *realistic* opportunities to explore possible uses of the undisclosed information for purposes of investigation and gathering evidence. [Emphasis in original.]

[66] In my view, Mr. Illes cannot meet the first branch of the test. The proposed evidence that the bucket was on Mr. Madinsky's balcony at one point in time after the murder does not assist in determining whether Mr. Madinsky or Mr. Illes actually killed Mr. Dowling. It is also consistent with the undisputed fact that Mr. Madinsky was involved in helping to bury the victim's remains. Therefore,

questions fondamentales en litige. Il s'ensuit que le ministère public peut omettre de divulguer des renseignements qui satisfont au critère préliminaire de l'arrêt *Stinchcombe*, mais qui ne pourraient absolument pas compromettre le bien-fondé du résultat atteint ou l'équité globale du procès. Dans ces circonstances, rien ne justifierait d'accorder un nouveau procès à titre de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, puisque l'accusé n'a subi aucun préjudice.

[65] Notre Cour a précisé dans quelles circonstances il convient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il incombe à l'accusé d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu atteinte à son droit à une défense pleine et entière. L'accusé peut s'acquitter de ce fardeau en démontrant qu'il existe une possibilité raisonnable que la non-communication ait influé (1) sur l'issue du procès ou (2) sur l'équité globale du procès (*Dixon*, par. 34). La première question oblige le tribunal à se demander s'il est raisonnablement possible que, considéré dans le contexte de l'ensemble du procès, l'élément de preuve non communiqué aurait pu avoir une incidence sur le verdict (*Taillefer*, par. 82). La seconde question consiste à se demander s'il existe une possibilité raisonnable que la non-communication de l'élément de preuve en question ait privé la défense de l'occasion de poser des questions pertinentes aux témoins ou de recueillir d'autres éléments de preuve qui auraient été disponibles n'eût été cette non-communication. Le juge Cory a très bien résumé l'analyse requise (*Dixon*, par. 36) :

Bref, la possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués aient porté atteinte au droit à une défense pleine et entière a trait non seulement au contenu des renseignements eux-mêmes, mais encore aux possibilités *réalistes* d'examiner les utilisations possibles des renseignements non divulgués aux fins de l'enquête et de la cueillette d'éléments de preuve. [Souligné dans l'original.]

[66] À mon avis, M. Illes ne satisfait pas au premier volet de l'analyse. L'élément de preuve proposé, selon lequel le seau s'est trouvé sur le balcon de M. Madinsky à un moment donné après le meurtre, n'aide pas à déterminer si c'est M. Madinsky ou M. Illes qui a en fait tué M. Dowling. Cette preuve est également compatible avec le fait incontesté que M. Madinsky a participé à l'enfouissement

on its face, the fresh evidence could not realistically have affected the outcome of the trial. The question whether the evidence could nonetheless have impacted on the verdict, having regard to the evidence as a whole, can best be answered on the second branch of the test by considering what use could possibly have been made by the defence of the undisclosed information.

[67] Mr. Illes argues that the defence could have called Mr. Maze to testify that the bucket was on Mr. Madinsky's balcony and could then have used this evidence in cross-examination to challenge Mr. Madinsky's claim that he had very limited contact with the bucket and its contents. In the result, it is argued, Mr. Madinsky's credibility would have been further undermined. In turn, the evidence suggesting Mr. Madinsky's greater involvement in the crime could have bolstered the defence contention that he was the perpetrator.

[68] I am not persuaded by Mr. Illes's arguments. As for the potential use of the undisclosed statement in cross-examination of Mr. Madinsky, it is noteworthy that the fact that the bucket may have been on his balcony was put to him at trial. In one of his statements to the police, Mr. Madinsky expressly denied that the bucket was ever in his apartment — he stated that he had no contact with the bucket other than at Ms. Ovalle's house and during the trip to bury the remains. At the preliminary hearing, however, he agreed that it might have been possible for Mr. Illes to have brought the bucket into the apartment when he was absent. Shortly before the trial, he told Crown counsel that while he would have known if the bucket had been in his apartment, it could have been on his balcony without his noticing. He essentially repeated the same evidence at trial. When asked on cross-examination if it would be fair to say that he would have seen the bucket had it been in his apartment, Mr. Madinsky responded by saying "No. . . . Well, basically my place was pretty small . . . but we had a -- I think it's a balcony or a porch, . . . I like my blinds closed all the time because people are always looking in, . . . it could have been there without me knowing,

des restes de la victime. À première vue, donc, le nouvel élément de preuve n'aurait pas pu réalistement influencer sur l'issue du procès. Pour mieux répondre à la question de savoir si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, cet élément aurait pu malgré tout influencer sur le verdict, il convient donc de se pencher sur le second volet de l'analyse et de s'interroger sur l'utilisation qu'aurait pu faire la défense de l'information non communiquée.

[67] Monsieur Illes fait valoir que la défense aurait pu citer M. Maze pour qu'il vienne dire que le seau s'était trouvé sur le balcon de M. Madinsky, puis utiliser ce témoignage en contre-interrogeant ce dernier pour mettre en doute sa prétention selon laquelle il savait très peu de choses sur le seau et son contenu. Cela aurait eu pour effet, affirme-t-on, de miner davantage la crédibilité de M. Madinsky. En outre, la preuve tendant à indiquer que ce dernier était impliqué davantage dans le crime aurait pu à son tour renforcer la thèse de la défense selon laquelle il en était l'auteur.

[68] Les arguments de M. Illes ne me convainquent pas. Quant à l'utilisation qui aurait pu être faite de l'élément de preuve non-communicé lors du contre-interrogatoire de M. Madinsky, il convient de souligner que la possibilité que le seau se soit trouvé sur son balcon lui a été soumise au procès. Dans une de ses déclarations à la police, M. Madinsky a expressément nié que le seau se soit trouvé dans son appartement — il a affirmé n'avoir été en présence du seau que chez M<sup>me</sup> Ovalle et durant le trajet effectué pour aller enterrer les restes. Par contre, à l'enquête préliminaire il a reconnu qu'il était possible que M. Illes ait apporté le seau à son appartement pendant son absence. Peu de temps avant le procès, il a dit à l'avocat du ministère public qu'il l'aurait sans doute su si le seau s'était trouvé dans son appartement, mais que celui-ci aurait très bien pu se trouver sur son balcon sans qu'il le sache. Il a essentiellement répété la même chose au procès. En contre-interrogatoire, lorsqu'on lui a demandé s'il était raisonnable de dire qu'il aurait vu le seau si celui-ci avait été dans son appartement, M. Madinsky a répondu en affirmant que : [TRADUCTION] « Non. [ . . . ] Bien, à vrai dire mon appartement était pas mal petit [ . . . ] mais

. . . due to the fact it could be on the balcony” (A.R., at p. 364). Hence, Mr. Madinsky agreed that the bucket *could* have been on his balcony. In my view, it is unrealistic for the appellant to suggest that Mr. Madinsky’s testimony would have been any different if confronted with Maze’s statement at trial and, in turn, that this additional item of evidence would have added anything of significance.

[69] As for the contention that Mr. Maze’s evidence would have supported the defence theory that the investigators in this case suffered from “tunnel vision”, accepting too easily that Mr. Illes was the shooter and failing to give sufficient consideration to the possibility that Mr. Madinsky might be the perpetrator (A.F., at para. 80), this theory was advanced at trial (A.R., at p. 532). It is difficult to see how Mr. Maze’s testimony would add anything of significance to this argument. Further, I agree with the majority below that it is significant that Mr. Maze’s presence at the apartment was known to Mr. Illes and that the defence’s failure to seek him out as a witness suggests that he had no helpful evidence to offer.

[70] For these reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, DESCHAMPS, CHARRON and ROTHSTEIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Ritchie Sandford, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

on avait -- je pense que c’est un balcon ou une galerie [. . .] J’aime que les stores restent fermés en tout temps car les gens regardent toujours à l’intérieur [. . .] il aurait pu être là sans que je le sache [. . .] car il aurait pu se trouver sur le balcon » (d.a., p. 364). Par conséquent, M. Madinsky a reconnu que le seau *avait pu* se trouver sur son balcon. À mon avis, il n’est pas réaliste de la part de l’appelant de prétendre que son témoignage aurait été différent s’il avait été confronté à la déclaration de M. Maze au procès, et, de ce fait, que cet élément de preuve supplémentaire aurait pu ajouter quoi que ce soit d’appréciable.

[69] Par ailleurs, la thèse selon laquelle la déclaration de M. Maze aurait pu étayer la prétention de la défense selon laquelle les enquêteurs avaient « porté des œillères » en l’espèce, en acceptant trop facilement l’hypothèse que M. Illes était le tireur et en n’examinant pas suffisamment la possibilité que M. Madinsky ait pu être l’auteur du crime (m.a., par. 80), a été présentée au procès (d.a., p. 532). Il est difficile de voir comment le témoignage de M. Maze aurait pu ajouter quoi que ce soit d’appréciable à cet argument. De plus, tout comme les juges majoritaires de la Cour d’appel, j’estime que le fait que M. Illes connaissait la présence de M. Maze à l’appartement est significatif, et que la décision de la défense de ne pas lui demander de témoigner tend à indiquer qu’il n’avait rien d’utile à offrir.

[70] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges DESCHAMPS, CHARRON et ROTHSTEIN sont dissidents.*

*Procureurs de l’appelant : Ritchie Sandford, Vancouver.*

*Procureur de l’intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*