

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Gordon Dwight Hurley** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. HURLEY**

**2010 SCC 18**

File No.: 33301.

2010: March 23; 2010: May 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Criminal law — Charge to jury — Sufficiency of Vetrovec warning — Jailhouse informant testifying for Crown on critical aspect of its murder case against accused — Trial judge warning jury to be extremely cautious in accepting witness's evidence because of his previous convictions and drug dependency and advising them that it was "unsafe" and "dangerous" to rely on his testimony absent other supporting evidence — Warning not informing jury that witness was jailhouse informant facing charges and aware of reward offered for information about killing — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge's Vetrovec warning adequate.*

*Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Accused seeking to adduce new evidence before Supreme Court of Canada — New evidence coming from additional police forensic testing and DNA analysis after Court of Appeal set aside accused's conviction and ordered new trial — Whether new evidence should be admitted — Whether new evidence, when taken with other evidence adduced at trial, could reasonably be expected to have affected the result.*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Gordon Dwight Hurley** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. HURLEY**

**2010 CSC 18**

N° du greffe : 33301.

2010 : 23 mars; 2010 : 14 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit criminel — Exposé au jury — Caractère adéquat de la mise en garde de type Vetrovec — Dénonciateur sous garde ayant témoigné sur un aspect capital de la thèse de meurtre plaidée par le ministère public contre l'accusé — Directives du juge du procès aux jurés leur conseillant de faire montre d'une très grande prudence avant d'accepter la déposition du témoin vu les condamnations antérieures de ce dernier et la pharmacodépendance dont il souffrait et les prévenant qu'il était « risqué » et « dangereux » d'ajouter foi à son témoignage, à moins qu'il ne soit corroboré par d'autres éléments de preuve — Mise en garde ne précisant pas au jury que le témoin était un dénonciateur sous garde qui faisait l'objet d'accusations et savait qu'une récompense était offerte pour des renseignements concernant le meurtre — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — La mise en garde de type Vetrovec faite par le juge du procès était-elle adéquate?*

*Droit criminel — Preuve — Nouvel élément de preuve — Accusé sollicitant l'autorisation de produire des éléments de preuve supplémentaires devant la Cour suprême du Canada — Éléments de preuve supplémentaires provenant de nouvelles analyses criminalistiques et génétiques effectuées par la police après que la Cour d'appel eut annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès — Convient-il d'accepter les éléments de preuve supplémentaires? — Peut-on raisonnablement penser que, conjugués aux autres éléments produits au procès, les éléments de preuve supplémentaires auraient influé sur le résultat?*

The accused was charged with second degree murder and tried before a jury. The Crown's evidence indicated that at least two individuals had been in the hotel room with the victim and there was no dispute that the accused was one of them. Critical to the Crown's case was the testimony of a jailhouse informant, N, who testified that the accused had told him that he had cleaned the hotel room in order to remove DNA evidence of his presence. The accused acknowledged talking with N but denied speaking with him about DNA, fingerprints, or wiping down surfaces. The trial judge advised the jury to be "extremely cautious" in accepting N's evidence because he admitted to previous convictions and to having a drug dependence, and advised them that it was "unsafe" and "dangerous" for them to rely on N's testimony unless they found some support for it in the rest of the evidence. However, he did not tell the jury that caution was required because N was a jailhouse informant, that he was facing charges himself, or that he was aware a reward was offered for information about the killing. The accused was convicted, but the Court of Appeal, in a majority decision, quashed the conviction and ordered a new trial on the basis that the trial judge's *Vetrovec* warning was inadequate. The Crown then conducted additional forensic testing and DNA analysis which resulted in reports that more of the accused's DNA was found in the hotel room. The Crown appealed to this Court as of right, and the accused sought to adduce this new evidence.

*Held:* The fresh evidence should be admitted and the appeal should be dismissed.

A jury, in order to assess the risk of accepting testimony from an unsavoury witness, must understand the reasons for special scrutiny. The characteristics of the witness which bring his or her credibility into serious question must therefore be identified for the jury. Here, the trial judge's warning did not point out to the jury that they should be cautious with N's evidence because of his possible motive to lie in order to get some advantage for himself in his own legal troubles or to collect the reward. While it was debatable whether this omission in the judge's direction was sufficiently serious in the context of this trial so as to require appellate intervention, the new evidence clearly made a new trial necessary. The new evidence met all the relevant criteria for its

L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré et a subi un procès devant jury. Selon la preuve du ministère public, au moins deux personnes s'étaient trouvées dans la chambre d'hôtel avec la victime, et l'accusé était incontestablement l'une de ces personnes. Le témoignage d'un dénonciateur sous garde, N, était d'une importance capitale pour la thèse du ministère public. N a témoigné que l'accusé lui aurait confié avoir nettoyé la chambre d'hôtel afin de supprimer la preuve génétique de sa présence. L'accusé a reconnu qu'il avait effectivement conversé avec N, mais il a nié avoir discuté avec lui d'ADN, d'empreintes digitales ou de surfaces essuyées. Le juge du procès a conseillé aux jurés de faire montre d'une « très grande prudence » avant d'accepter le témoignage de N, étant donné que ce dernier avait admis avoir des condamnations antérieures et souffrir de pharmacodépendance, et les a également prévenus qu'il était « risqué » et « dangereux » d'ajouter foi au témoignage de N, à moins qu'ils estiment qu'il était corroboré par d'autres éléments de preuve. Cependant, il n'a pas précisé au jury que la prudence s'imposait parce que N était un dénonciateur sous garde, qu'il faisait lui-même l'objet d'accusations ou qu'il savait qu'une récompense était offerte pour des renseignements concernant le meurtre. L'accusé a été déclaré coupable, mais les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès au motif que la mise en garde de type *Vetrovec* faite par le juge du procès était inadéquate. Le ministère public a ensuite procédé à d'autres analyses criminalistiques et génétiques qui ont mené à des rapports selon lesquels d'autres traces de l'ADN de l'accusé avaient été découvertes dans la chambre d'hôtel. Le ministère public a interjeté appel de plein droit devant la Cour, et l'accusé a sollicité l'autorisation de présenter ces éléments de preuve supplémentaires.

*Arrêt :* Les éléments de preuve supplémentaires sont acceptés, et le pourvoi est rejeté.

Pour évaluer le risque qu'il y a à accepter la déposition d'un témoin douteux, le jury doit comprendre les raisons d'un examen rigoureux. Il doit être informé des caractéristiques du témoin qui soulèvent de sérieux doutes quant à sa crédibilité. Le juge du procès n'a pas averti les jurés qu'ils devaient se méfier du témoignage de N étant donné que ce dernier pouvait avoir intérêt à mentir afin d'obtenir un quelconque avantage à l'égard de ses propres problèmes juridiques ou de recevoir la récompense. Il était permis de se demander si l'omission susmentionnée dans les directives du juge était suffisamment grave, dans le contexte du procès en cause, pour justifier l'intervention d'une juridiction d'appel, mais les éléments de preuve supplémentaires établissent

admission; in particular, it may reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. The Crown effectively conceded in its closing argument to the jury that the accused could not be convicted unless the jury accepted N's evidence. The new evidence showing the accused's DNA on three items in the hotel room could have an impact not only on the jury's assessment of the credibility of N, whose evidence was bolstered by the evidence of cleaning, but also on the portion of the trial judge's *Vetrovec* warning where he specifically instructed the jury that the absence of DNA evidence in the room could be considered as supporting N's evidence about his jail cell conversation with the accused.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Smith*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307.

#### Statutes and Regulations Cited

*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, r. 52.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 62(3).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Richards, Smith and Hunter JJ.A.), 2009 SKCA 86, 331 Sask. R. 105, 460 W.A.C. 105, 246 C.C.C. (3d) 469, [2009] 10 W.W.R. 217, [2009] S.J. No. 462 (QL), 2009 CarswellSask 500, setting aside the accused's conviction for second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Lane Wieggers*, for the appellant.

*Morris P. Bodnar, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN AND CROMWELL JJ. — The Crown appeals as of right on the question of whether the

clairement la nécessité d'un nouveau procès. Ces éléments respectent les critères pertinents justifiant leur acceptation; tout particulièrement, ils peuvent raisonnablement donner à penser que, avec les autres éléments de preuve produits au procès, ils auraient influé sur le résultat. Le ministère public a effectivement concédé, dans son exposé final aux jurés, que ceux-ci ne pouvaient déclarer l'accusé coupable que s'ils acceptaient le témoignage de N. L'effet des éléments de preuve supplémentaires révélant la découverte de l'ADN de l'accusé sur trois autres objets dans la chambre aurait pu se répercuter non seulement sur l'appréciation par le jury de la crédibilité de N, dont le témoignage était étayé par la preuve de nettoyage, mais également sur la partie de la mise en garde de type *Vetrovec* faite par le juge du procès où ce dernier a donné au jury des directives expresses sur la possibilité de considérer l'absence d'une preuve génétique dans la chambre comme un élément corroborant le témoignage de N sur la conversation qu'il aurait eue en cellule avec l'accusé.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Smith*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 62(3).  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, art. 52.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Richards, Smith et Hunter), 2009 SKCA 86, 331 Sask. R. 105, 460 W.A.C. 105, 246 C.C.C. (3d) 469, [2009] 10 W.W.R. 217, [2009] S.J. No. 462 (QL), 2009 CarswellSask 500, qui a annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé pour meurtre au deuxième degré et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Lane Wieggers*, pour l'appelante.

*Morris P. Bodnar, c.r.*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LES JUGES ROTHSTEIN ET CROMWELL — Le ministère public interjette appel de plein droit

*Vetrovec* warning given by the trial judge was adequate. The respondent seeks leave to adduce new evidence, pursuant to s. 62(3) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, and Rule 52 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156. The motion was heard with the appeal and judgment was reserved. For the reasons that follow, we would admit the fresh evidence and dismiss the appeal.

[2] Following a jury trial, Gordon Dwight Hurley was convicted of the second degree murder of a young woman, Jarita Naistus. Ms. Naistus' body was found in a hotel room in Lloydminster, Saskatchewan, on October 2, 2005. The cause of her death was asphyxiation due to strangulation and swelling of the brain caused by blunt force trauma. The Crown's evidence indicated at least two individuals had been in the hotel room with Ms. Naistus the previous day. One of these individuals was Mr. Hurley; a torn receipt belonging to him was found in the toilet, his DNA matched a sample found under one of Ms. Naistus' fingernails, and he was a match for biological matter on a facecloth found near Ms. Naistus' body.

[3] Mr. Hurley testified that he met Ms. Naistus at the hotel bar, struck up a conversation and bought her a drink. He wanted to buy some cocaine, and according to his testimony, Ms. Naistus indicated they should go back to her room and she would call a friend who would deliver it. Mr. Hurley testified that after they got to the room Ms. Naistus made a phone call to locate the cocaine. At this point, he was not feeling well and vomited in the toilet in the hotel room. He testified that he used towels to wipe his hands and the top of the toilet. Afterward, when Ms. Naistus advised him her friend would not sell the cocaine, he left the hotel room. According to Mr. Hurley, Ms. Naistus was drunk but alive when he left.

relativement au caractère adéquat de la mise en garde de type *Vetrovec* faite par le juge du procès. Pour sa part, l'intimé sollicite, en vertu du par. 62(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, et de l'art. 52 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, l'autorisation de produire des éléments de preuve supplémentaires. Sa requête a été entendue en même temps que l'appel, et l'affaire a été mise en délibéré. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis d'accepter les éléments de preuve supplémentaires et de rejeter l'appel.

[2] À l'issue d'un procès devant jury, Gordon Dwight Hurley a été déclaré coupable du meurtre au deuxième degré d'une jeune femme, Jarita Naistus. Le corps de M<sup>me</sup> Naistus avait été découvert dans une chambre d'hôtel à Lloydminster, en Saskatchewan, le 2 octobre 2005. Le décès était attribuable à une asphyxie par strangulation et à un œdème cérébral causé par un traumatisme contondant. Selon la preuve du ministère public, au moins deux personnes s'étaient trouvées dans la chambre d'hôtel avec M<sup>me</sup> Naistus la veille. M. Hurley était l'une de ces personnes : un reçu déchiré lui appartenant avait été découvert dans la cuvette des toilettes, l'ADN tiré d'un échantillon prélevé sous un ongle de M<sup>me</sup> Naistus correspondait à celui de M. Hurley et du matériel biologique recueilli sur une débarbouillette trouvée près du corps de M<sup>me</sup> Naistus provenait également de l'accusé.

[3] Dans son témoignage, M. Hurley a déclaré avoir rencontré M<sup>me</sup> Naistus au bar de l'hôtel, avoir engagé la conversation avec elle et lui avoir payé un verre. Il voulait acheter de la cocaïne et, d'affirmer M. Hurley, M<sup>me</sup> Naistus l'a invité à l'accompagner à sa chambre, d'où elle appellerait un ami qui livrerait la drogue. Toujours selon lui, une fois dans sa chambre, M<sup>me</sup> Naistus a fait un appel pour trouver la cocaïne. À ce moment-là, pris d'un malaise, M. Hurley a vomi dans les toilettes de la chambre d'hôtel. Il a témoigné avoir utilisé des serviettes pour essuyer ses mains ainsi que le dessus de la cuvette. Par la suite, lorsque M<sup>me</sup> Naistus lui a appris que son ami ne voulait pas lui vendre de cocaïne, il a quitté la chambre d'hôtel. Selon M. Hurley, M<sup>me</sup> Naistus était en état d'ébriété, mais vivante, à son départ.

[4] There was no dispute that Mr. Hurley had been in the hotel room. The only question was whether he was Ms. Naistus' killer. Critical to that aspect of the Crown's case was the testimony of Darrel Niemi, a jailhouse informant. The Crown did not attempt to minimize the importance of his evidence to its circumstantial case against Mr. Hurley. Crown counsel's position before the jury was that they needed to combine both the evidence of opportunity (either from the DNA evidence or Mr. Hurley's testimony) and Mr. Niemi's evidence, in order to secure a conviction. According to the Crown, the evidence of opportunity alone only supported a mere suspicion (A.R., vol. 3, at pp. 418-20).

[5] Mr. Niemi's testimony concerned conversations he claimed to have had with Mr. Hurley about what Mr. Niemi came to believe was the Naistus murder and, in particular, Mr. Hurley's alleged comments that he cleaned the hotel room in order to remove DNA evidence of his presence. Mr. Hurley testified at trial and, while he acknowledged that he had spoken with Mr. Niemi in the cells and that some elements of his account of the conversation were correct, he denied having any conversation with Mr. Niemi about DNA, fingerprints, or wiping down surfaces.

[6] While Mr. Niemi's evidence was self-evidently important to the Crown's case, it was also dangerous. There were important reasons to be concerned about Mr. Niemi's credibility: he was facing charges himself, he was approached by the police, he was aware there was a reward offered for information about the killing and he made no mention of what he had allegedly heard when first approached by the police.

[7] The evidence about the attempts to clean the room was unquestionably significant to the Crown's case. In his closing address, Crown counsel submitted to the jury that, on the evidence before the

[4] La présence de M. Hurley dans la chambre d'hôtel n'était pas contestée. La seule question consistait à déterminer s'il était le meurtrier de M<sup>me</sup> Naistus. À cet égard, le témoignage de Darrel Niemi, un dénonciateur sous garde, était d'une importance capitale pour cet aspect de la thèse du ministère public. L'avocat du ministère public n'a pas essayé de minimiser l'importance du témoignage du dénonciateur pour la preuve circonstancielle qu'il avait présentée contre M. Hurley. Il a fait valoir aux jurés que, pour livrer un verdict de culpabilité, ils devaient conjuguer la preuve de l'occasion (fournie par la preuve génétique ou le témoignage de M. Hurley) au témoignage de M. Niemi. Selon le ministère public, considérée isolément, la preuve de l'occasion n'était que de simples soupçons (d.a., vol. 3, p. 418-420).

[5] Le témoignage de M. Niemi portait sur des conversations qu'il affirmait avoir eues avec M. Hurley au sujet de ce que le premier avait estimé être le meurtre de M<sup>me</sup> Naistus et, plus particulièrement, sur les prétendus commentaires de M. Hurley selon lesquels il aurait nettoyé la chambre d'hôtel afin de supprimer la preuve génétique de sa présence. Au procès, M. Hurley a témoigné et bien qu'il ait reconnu qu'il avait effectivement conversé en cellule avec M. Niemi et que certains éléments de la conversation relatée par ce dernier étaient exacts, il a nié avoir discuté avec lui d'ADN, d'empreintes digitales ou de surfaces essuyées.

[6] Le témoignage de M. Niemi était de toute évidence important pour la thèse du ministère public, mais il était également dangereux. Il existait en effet de sérieux motifs de mettre en doute la crédibilité de M. Niemi : ce dernier faisait lui-même l'objet d'accusations, c'est la police qui l'avait approché, il savait qu'une récompense était offerte pour des renseignements au sujet du meurtre et, lorsque les policiers l'avaient approché la première fois, il n'avait fait aucune mention de ce qu'il aurait entendu.

[7] La preuve concernant les tentatives de nettoyage de la chambre était incontestablement importante pour la thèse du ministère public. Dans son exposé final, l'avocat du ministère public a

court, it was “clear that there was an attempt to clean the room” (A.R., vol. 3, at p. 417). The evidence of attempts to clean the room could be taken as independent evidence tending to support Mr. Niemi’s evidence about his conversation with Mr. Hurley. In turn, Mr. Niemi’s evidence supported the Crown’s case that Mr. Hurley had not only been there, but also that he was the killer. Thus anything that tended to rebut the room cleaning theory tended to weaken the independent evidence that could be seen as supporting Mr. Niemi’s version of the conversation with Mr. Hurley and, consequently, weakened the Crown’s circumstantial case.

[8] The trial judge gave a *Vetrovec* warning; he advised the jury to be “extremely cautious” in accepting Mr. Niemi’s evidence because he admitted to two criminal convictions for assault and to having a drug addiction or dependence. The trial judge further advised the jury that it was “unsafe” and “dangerous” for them to rely on Mr. Niemi’s testimony unless they found some support for it in the rest of the evidence. These instructions clearly communicated to the jury that it was dangerous to rely on Mr. Niemi’s evidence absent other evidence supporting it. However, the trial judge’s explanation of the reasons for the caution was incomplete. He did not tell the jury that caution was required because Mr. Niemi was a jailhouse informant, that he was facing charges himself, or that he was aware a reward was offered for information about the killing. Although these facts were included in the trial judge’s summary of Mr. Niemi’s evidence, at no point in the jury charge were they linked to the need for extreme caution in relying on his evidence.

[9] With respect to the independent evidence, the trial judge referred to two matters. First, he highlighted the evidence tending to place Mr. Hurley

déclaré au jury que les éléments dont disposait le tribunal démontraient [TRADUCTION] « clairement qu’on avait tenté de nettoyer la pièce » (d.a., vol. 3, p. 417). Ces éléments pouvaient être considérés comme une preuve indépendante tendant à appuyer le témoignage de M. Niemi au sujet de sa conversation avec M. Hurley. Ce témoignage étayait pour sa part la prétention du ministère public selon laquelle M. Hurley ne s’était pas simplement trouvé dans la chambre, mais était également le meurtrier. Par conséquent, tout élément susceptible de réfuter la thèse du nettoyage de la pièce tendait à affaiblir la preuve indépendante susceptible d’étayer la version de M. Niemi au sujet de sa conversation avec M. Hurley et, de ce fait, à affaiblir la preuve circonstancielle présentée par le ministère public.

[8] Le juge du procès a fait une mise en garde de type *Vetrovec* aux jurés; il leur a conseillé de faire montre d’une [TRADUCTION] « très grande prudence » avant d’accepter le témoignage de M. Niemi, étant donné que ce dernier avait admis avoir été condamné à deux reprises pour voies de fait et souffrir de pharmacodépendance. Le juge du procès a également prévenu les membres du jury qu’il était [TRADUCTION] « risqué » et « dangereux » d’ajouter foi au témoignage de M. Niemi, à moins qu’ils estiment qu’il était corroboré par d’autres éléments de preuve. Ces instructions indiquaient clairement au jury qu’il était dangereux d’accepter les paroles de M. Niemi sans autre preuve les appuyant. Cependant, les explications du juge du procès sur les motifs justifiant la prudence étaient incomplètes. Il n’a pas précisé au jury que la prudence s’imposait pour les autres raisons suivantes : M. Niemi était un dénonciateur sous garde; il faisait lui-même l’objet d’accusations; il savait qu’une récompense était offerte pour des renseignements concernant le meurtre. Ces faits figuraient bien dans le résumé du témoignage de M. Niemi préparé par le juge du procès, mais jamais dans l’exposé au jury ces faits n’ont-ils été rattachés à la nécessité pour les jurés de faire montre d’une très grande prudence à l’égard de ce témoignage.

[9] En ce qui concerne la preuve indépendante, le juge du procès a mentionné deux choses. Premièrement, il a souligné les éléments tendant à

in the room, although as the trial judge noted, Mr. Hurley admitted this. Second, the lack of fingerprint or DNA evidence was referred to by the trial judge as evidence that “may bolster the evidence of Mr. Niemi when he says the accused told him he wiped down the room”. Thus, the evidence about cleaning the room was critical to the circumstantial evidence against Mr. Hurley, as the Crown accepted that Mr. Niemi’s evidence was critical to its case.

[10] Mr. Hurley appealed his conviction and argued, among other things, that the *Vetrovec* warning provided by the trial judge was inadequate. The Court of Appeal (Hunter J.A. dissenting) allowed the appeal, quashed the conviction, and ordered a new trial: 2009 SKCA 86, 246 C.C.C. (3d) 469. In short, the Court of Appeal concluded that the trial judge’s explanation of *why* Mr. Niemi’s evidence had to be regarded with care was insufficient, as it failed to flag some important reasons for doing so, namely his knowledge of a reward and the fact he was in custody and facing charges at the time.

[11] The law about *Vetrovec* warnings was most recently set out by this Court in *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, and *R. v. Smith*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146. As Fish J. put it in *Khela*, at para. 47:

A truly functional approach [to appellate review of the adequacy of a *Vetrovec* warning] must take into account the dual purpose of the *Vetrovec* warning: first, to alert the jury to the danger of relying on the unsupported evidence of unsavoury witnesses and to explain the reasons for special scrutiny of their testimony; and second, in appropriate cases, to give the jury the tools necessary to identify evidence capable of enhancing the trustworthiness of those witnesses.

établir que M. Hurley s’était trouvé dans la chambre, quoique, a-t-il fait remarquer, M. Hurley ait admis ce fait. Deuxièmement, le juge du procès a mentionné que l’absence d’autres empreintes digitales ou preuves génétiques [TRADUCTION] « pourrait corroborer le témoignage de M. Niemi selon lequel l’accusé lui aurait confié avoir nettoyé la chambre ». Par conséquent, les éléments concernant le nettoyage de la chambre étaient essentiels à la preuve circonstancielle présentée contre M. Hurley, le ministère public ayant reconnu le caractère crucial du témoignage de M. Niemi pour sa thèse.

[10] M. Hurley a fait appel de sa déclaration de culpabilité, invoquant notamment le caractère inadéquat de la mise en garde de type *Vetrovec* faite par le juge du procès. La Cour d’appel (la juge Hunter étant dissidente) a accueilli l’appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d’un nouveau procès : 2009 SKCA 86, 246 C.C.C. (3d) 469. En résumé, la Cour d’appel a conclu que les explications du juge du procès concernant *les raisons pour lesquelles* le témoignage de M. Niemi commandait la prudence étaient insuffisantes, car elles ne faisaient pas état de certains motifs importants justifiant cette prudence, à savoir le fait que M. Niemi connaissait l’offre de récompense et que, à l’époque, il était détenu et sous le coup d’accusations.

[11] Le droit concernant les mises en garde de type *Vetrovec* a été exposé tout récemment dans les arrêts *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, et *R. c. Smith*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146. Comme l’a souligné le juge Fish dans *Khela*, au par. 47 :

Une approche véritablement fonctionnelle [pour la révision en appel du caractère adéquat d’une mise en garde de type *Vetrovec*] doit prendre en compte le double objectif de la mise en garde de type *Vetrovec* : premièrement, éveiller l’attention du jury sur le danger de se fonder sur les dépositions de témoins douteux en l’absence de toute confirmation et expliquer pourquoi elles doivent être examinées de façon particulièrement rigoureuse; deuxièmement, si les circonstances le justifient, fournir aux jurés les outils nécessaires pour déterminer les éléments de preuve pouvant renforcer la crédibilité de ces témoins.

[12] As noted, the trial judge's warning did caution the jury to be very careful in assessing Mr. Niemi's evidence and did refer to some reasons for that caution. However, the judge's warning did not point out to the jury that they should be cautious with Mr. Niemi's evidence because of his possible motive to lie in order to get some advantage for himself in his own legal troubles or to collect the reward. As Fish J. observed in *Smith*, at para. 14:

In order to assess the risk of accepting testimony from an unsavoury witness, a jury must understand the reasons for special scrutiny (*R. v. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (Ont. C.A.), at para. 85). This requires identifying for the jury the characteristics of the witness that bring his or her credibility into serious question.

[13] As the disagreement between the majority and the dissent in the Court of Appeal demonstrates, it is debatable whether this omission in the judge's direction was sufficiently serious in the context of this trial so as to require appellate intervention. However, the new evidence, in our view, makes it clear that a new trial is necessary.

[14] Mr. Hurley seeks to adduce new evidence that comes from additional RCMP forensic testing and DNA analysis, submitted for testing by the Crown after the Court of Appeal ordered a new trial. The well-known criteria applicable to this issue were stated in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, and reaffirmed in *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307, at para. 74:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases . . . .
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.

[12] Comme il a été souligné plus tôt, la mise en garde du juge du procès invitait effectivement le jury à faire montre d'une très grande prudence dans son appréciation du témoignage de M. Niemi et faisait état de certaines raisons justifiant une telle prudence. Cependant, le juge n'a pas averti les jurés qu'ils devaient se méfier de ce témoignage étant donné que M. Niemi pouvait avoir intérêt à mentir afin d'obtenir un quelconque avantage à l'égard de ses propres problèmes juridiques ou de recevoir la récompense. Comme l'a fait remarquer le juge Fish dans l'arrêt *Smith*, au par. 14 :

Pour évaluer le risque qu'il y a à accepter la déposition d'un témoin douteux, le jury doit comprendre les raisons d'un examen rigoureux (*R. c. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (C.A. Ont.), par. 85). Pour ce faire, il doit être informé des caractéristiques du témoin qui soulèvent de sérieux doutes quant à sa crédibilité.

[13] Comme le montre le désaccord entre les juges majoritaires et la juge dissidente à cet égard en Cour d'appel, il est permis de se demander si l'omission susmentionnée dans les directives du juge était suffisamment grave, dans le contexte du procès en cause, pour justifier l'intervention d'une juridiction d'appel. Toutefois, nous sommes d'avis que les éléments de preuve supplémentaires établissent clairement la nécessité d'un nouveau procès.

[14] M. Hurley cherche à présenter des éléments de preuve supplémentaires provenant de nouvelles analyses criminalistiques et génétiques effectuées par la GRC à la demande du ministère public, après que la Cour d'appel eut ordonné la tenue d'un nouveau procès. Les critères bien connus qui s'appliquent à cette question ont été énoncés dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, à la p. 775, puis confirmés dans *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307, au par. 74 :

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles . . . .
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.

- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

[15] There is no contest that the first three requirements are met. The parties disagree about the application of the fourth *Palmer* factor. The issue is whether the new evidence could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. For the reasons that follow, we would answer this question in the affirmative.

[16] The reports put before this Court on the respondent's motion include new evidence that Mr. Hurley's DNA was found in the hotel room on an ashtray, a cigarette filter found in the toilet, and a Bacardi Breezer bottle cap. The respondent submitted in argument that the new evidence, coupled with the evidence of someone else's DNA on a cigarette butt inside the Bacardi Breezer bottle, may have had an impact on the outcome of the trial in the following three ways: it could have led to the conclusion that Mr. Hurley was not the last person in the room with Ms. Naistus; it could have cast doubt on the Crown's theory that the room was cleaned or an attempt was made to clean DNA and fingerprints out of the room, which in turn could have cast doubt on the credibility of Mr. Niemi; and it could have bolstered the credibility of one of the civilian witnesses who testified she saw Ms. Naistus with persons other than Mr. Hurley on the evening Ms. Naistus was killed.

[17] As in our view there must be a new trial, we will not comment on the evidence more than necessary to explain our conclusions. We agree that the new evidence, in the eyes of a properly instructed jury, could reasonably be expected to have affected

- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

[15] Les parties conviennent que les trois premières conditions sont respectées, mais elles ne s'entendent pas sur l'application du quatrième critère établi dans l'arrêt *Palmer*. La question est de savoir si on peut raisonnablement penser que, conjugués aux autres éléments produits au procès, les éléments de preuve supplémentaires auraient influé sur le résultat. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que cette question doit recevoir une réponse affirmative.

[16] Les rapports produits devant notre Cour à la suite de la requête de l'intimé présentent de nouveaux éléments de preuve révélant la découverte, dans la chambre d'hôtel, de l'ADN de M. Hurley sur un cendrier, un filtre de cigarette trouvé dans la cuvette des toilettes et sur la capsule d'une bouteille de Bacardi Breezer. L'intimé a plaidé devant nous que, conjugués à la preuve de la présence de l'ADN d'une autre personne sur un mégot de cigarette se trouvant dans la bouteille de Bacardi Breezer, les éléments de preuve supplémentaires auraient pu influencer sur l'issue du procès de trois façons. Ils auraient pu mener à la conclusion que M. Hurley n'était pas la dernière personne à s'être trouvée dans la chambre avec M<sup>me</sup> Naistus. Ils auraient pu susciter des doutes quant au bien-fondé de la thèse du ministère public voulant que la chambre ait été nettoyée ou qu'on ait tenté d'en supprimer toute empreinte digitale et génétique, situation qui aurait pu amoindrir la crédibilité de M. Niemi. Ils auraient également pu renforcer la crédibilité d'un des témoins civils qui a dit avoir vu M<sup>me</sup> Naistus le soir de sa mort avec des personnes autres que M. Hurley.

[17] Comme nous estimons qu'un nouveau procès s'impose, nous ne commenterons la preuve que dans la mesure requise pour expliquer nos conclusions. À notre avis, s'ils avaient été soumis à l'appréciation d'un jury ayant reçu des directives adéquates,

the result. The presence of Mr. Hurley's DNA on additional items in the room — the ashtray, the cigarette filter, and the bottle cap — could have been interpreted by the jury as casting doubt on the Crown's theory that Mr. Hurley cleaned the room to avoid detection. Moreover, the fourth *Palmer* factor requires an assessment of the new evidence in the context of the other evidence adduced at trial. The Crown's position at trial was that the absence of DNA evidence tended to support the theory that Mr. Hurley cleaned the room to avoid detection. However, it must be remembered that it was clear at trial that some of Mr. Hurley's DNA was found in the room, for example, on a facecloth. It was open to the jury to think that the finding of this DNA evidence was inconsistent with the Crown's wiping down theory. It follows that some of the proposed new evidence, which if accepted would reveal that more of Mr. Hurley's DNA was found in the room, could reasonably be seen to further undermine the Crown's theory. Of course, these are all factual questions for a jury to determine and the only issue before this Court is whether the new evidence, viewed in the context of the record, could reasonably be expected to have affected the result.

[18] The important point is that any impact on the Crown's theory that there had been an attempt to wipe down the room may in turn have had an impact on the jury's assessment of the credibility of both Mr. Niemi, whose evidence was bolstered by the evidence of cleaning, and of Mr. Hurley, who denied both the conversation with Mr. Niemi about DNA and doing any cleaning of the room apart from cleaning up after himself after vomiting. As noted earlier, the Crown effectively conceded in its closing argument to the jury that Mr. Hurley could not

les nouveaux éléments de preuve auraient pu raisonnablement influencer sur l'issue du procès. Le fait que l'ADN de M. Hurley ait été trouvé sur d'autres objets dans la pièce — le cendrier, le filtre de cigarette et la capsule de la bouteille — aurait pu semer le doute dans l'esprit du jury quant au bien-fondé de la thèse du ministère public selon laquelle M. Hurley aurait nettoyé la chambre pour éviter qu'on y détecte des traces de sa présence. De plus, le quatrième critère établi dans l'arrêt *Palmer* exige l'examen des éléments de preuve supplémentaires à la lumière de ceux qui ont été produits au procès. En première instance, le ministère public a fait valoir que l'absence de preuve génétique tendait à appuyer la thèse selon laquelle M. Hurley avait nettoyé la pièce pour éviter qu'on y trouve des traces de sa présence. Cependant, il ne faut pas oublier qu'il était clair au procès que de l'ADN de M. Hurley avait été trouvé dans la chambre, par exemple sur une débarbouillette. Il était loisible au jury de penser que la découverte de cette preuve génétique n'était pas compatible avec la thèse du ministère public selon laquelle la chambre avait été nettoyée. Il s'ensuit que certains des éléments de preuve supplémentaires proposés — qui, s'ils étaient acceptés, révéleraient la découverte de l'ADN de M. Hurley ailleurs dans la chambre — pourraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'affaiblir la thèse du ministère public. Bien entendu, il s'agit là de questions de fait qu'il appartient au jury de décider. La seule question que notre Cour doit trancher est celle de savoir si on peut raisonnablement penser que, considérés avec le reste du dossier, les éléments de preuve supplémentaires auraient pu influencer sur l'issue du procès.

[18] L'élément important est que l'effet de tout doute quant au bien-fondé de la thèse du ministère public selon laquelle il y aurait eu tentative de nettoyer la chambre aurait pu se répercuter sur l'appréciation par le jury à la fois de la crédibilité de M. Niemi, dont le témoignage était étayé par la preuve de nettoyage, et de la crédibilité de M. Hurley, qui a nié avoir discuté d'ADN avec M. Niemi et avoir nettoyé de quelque façon la chambre, sauf pour nettoyer ses dégâts de vomissures. Comme nous l'avons souligné précédemment, le ministère public

be convicted unless the jury accepted Mr. Niemi's evidence.

[19] The new evidence relates directly to what the trial judge told the jury they could consider as evidence tending to confirm Mr. Niemi's testimony as part of the *Vetrovec* warning. As set out in *Khela*, "the jury, in determining the veracity of the suspect evidence, should look for evidence from another source tending to show that the untrustworthy witness is telling the truth as to the guilt of the accused" (para. 37). As noted earlier, the trial judge drew the jury's attention to both the presence and absence of DNA evidence connecting Mr. Hurley to the room and specifically instructed the jury that the absence of such evidence could be considered as supporting Mr. Niemi's evidence about his jail cell conversation with Mr. Hurley:

You might consider the DNA found at the scene on the towel [*sic*] and under the victim's fingernails tend to identify that the accused was in the room, but he has admitted this. However, this evidence may help convince you that what Mr. Niemi said that the accused told him was evidence of the actions of the accused in room 114. Secondly; the lack of other fingerprints or DNA evidence found at the scene may bolster the evidence of Mr. Niemi when he says the accused told him he wiped down the room. However, you have also heard other explanations as to why there might be no DNA on objects like bottles. And the defence asserts that other human material, like hair, was found and should have been tested and might have provided DNA profiles.

(A.R., vol. 3, at pp. 445-46 (emphasis added))

[20] Just as the evidence about the lack of DNA evidence found at the scene may have bolstered the testimony of Mr. Niemi, the new evidence showing

a effectivement concédé, dans son exposé final aux jurés, que ceux-ci ne pouvaient déclarer M. Hurley coupable que s'ils acceptaient le témoignage de M. Niemi.

[19] Les éléments de preuve supplémentaires se rapportent directement aux instructions données au jury par le juge du procès, dans sa mise en garde de type *Vetrovec*, au sujet des éléments que ceux-ci pouvaient considérer comme une preuve tendant à corroborer le témoignage de M. Niemi. Comme il a été expliqué dans *Khela*, il est nécessaire d'« indiquer au jury que, pour déterminer si le récit suspect est véridique, il doit chercher, à partir d'autres sources, des preuves tendant à établir que le témoin douteux dit la vérité quant à la culpabilité de l'accusé » (par. 37). Ainsi que nous l'avons souligné précédemment, le juge du procès a attiré l'attention du jury tant sur la présence de preuve génétique établissant la présence de M. Hurley dans la chambre, que sur l'absence de tels éléments de preuve. Il a donné des directives expresses au jury sur la possibilité de considérer l'absence d'une telle preuve comme un élément corroborant le témoignage de M. Niemi sur la conversation qu'il aurait eue en cellule avec M. Hurley :

[TRADUCTION] Vous pourriez considérer que l'ADN trouvé sur les lieux du crime, sur la serviette [*sic*] et sous les ongles de la victime, tend à démontrer la présence de l'accusé dans la chambre, mais ce dernier a admis s'y être trouvé. Cependant, cet élément de preuve pourrait contribuer à vous convaincre que le rapport fait par M. Niemi des confidences de l'accusé prouve les actes de ce dernier dans la chambre 114. Deuxièmement, l'absence d'autres empreintes digitales ou preuves génétiques sur les lieux du crime pourrait corroborer le témoignage de M. Niemi selon lequel l'accusé lui aurait confié avoir nettoyé la chambre. Toutefois, vous avez également entendu d'autres arguments expliquant pourquoi il se peut que certains objets, comme les bouteilles, n'offrent pas de preuve génétique. De plus, la défense fait valoir que d'autres matières d'origine humaine, tels des cheveux, ont été trouvées et auraient dû être analysées puisqu'elles auraient pu fournir des profils génétiques.

(d.a., vol. 3, p. 445-446 (nous soulignons))

[20] Tout comme la preuve concernant l'absence de preuves génétiques sur les lieux du crime a pu étayer le témoignage de M. Niemi, on peut

Mr. Hurley's DNA on three items in the room could reasonably be seen as undermining Mr. Niemi's testimony in the mind of the jury and as having an impact on this portion of the *Vetrovec* warning. We conclude that the new evidence (specifically, the presence of Mr. Hurley's DNA on three items in the room) may reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

[21] Whether or not one concludes, on the record before the Court of Appeal, that appellate intervention was required because the caution omitted mention of some important reasons for being careful with Mr. Niemi's testimony, the judge's charge also encouraged the jury to seek comfort from the cleaning evidence. In light of the new evidence, it now seems that this cleaning evidence may not have been as strong as it may have appeared to be at trial. This, as noted, relates directly and significantly to the jury's assessment of a critical Crown witness.

[22] We would admit the new evidence, dismiss the appeal, and affirm the Court of Appeal's order of a new trial.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the respondent: Bodnar & Campbell, Saskatoon.*

raisonnablement considérer que les éléments de preuve supplémentaires révélant la découverte de l'ADN de M. Hurley sur trois autres objets dans la chambre auraient pu affaiblir, dans l'esprit du jury, la valeur du témoignage de M. Niemi et, de ce fait, influencer sur l'aspect pertinent de la mise en garde de type *Vetrovec*. Nous concluons que les éléments de preuve supplémentaires (soit la découverte de l'ADN de M. Hurley sur trois autres objets dans la chambre) peuvent raisonnablement donner à penser que, avec les autres éléments de preuve produits au procès, ils auraient influé sur le résultat.

[21] Qu'on estime ou non, au regard du dossier dont disposait la Cour d'appel, que celle-ci aurait dû intervenir vu l'omission du juge du procès de mentionner aux jurés certaines raisons importantes justifiant qu'ils fassent montre de prudence à l'égard du témoignage de M. Niemi, l'exposé du juge encourageait par ailleurs le jury à s'appuyer sur la preuve relative au nettoyage. Or, eu égard aux éléments de preuve supplémentaires, il semble que cette preuve ne soit pas aussi solide qu'elle paraissait l'être au procès. Ce facteur, comme nous l'avons signalé, a un rapport direct et significatif avec l'appréciation par le jury d'un témoin essentiel du ministère public.

[22] Nous sommes d'avis d'accepter les éléments de preuve supplémentaires, de rejeter l'appel et de confirmer la décision de la Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureurs de l'intimé : Bodnar & Campbell, Saskatoon.*