

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Marty David O'Brien *Respondent***INDEXED AS: R. v. O'BRIEN****2011 SCC 29**

File No.: 33817.

2011: February 23; 2011: June 9.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Error of law — Curative proviso — Whether trial judge's error in not excluding bad character evidence and in not specifically addressing that evidence in his reasons caused substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

A variety store was robbed by someone wearing a blue Halloween mask. The next morning, the police found such a mask, a large knife and the plastic cover from the store's cash register nearby. A test of the DNA found on the mask matched only O, who was charged with three offences, including robbery. At a trial without a jury, the investigating officer made several brief references to O's prior criminal record and conduct in the course of his testimony. The defence did not object to this evidence, did not request that its use be limited, and in fact used it in cross-examination. The defence also referred to O's reputation as a "known offender" in its closing submission. O was convicted. In his reasons, the trial judge made no reference of any kind to the character evidence. On appeal, the Crown acknowledged that it was an error for the character evidence to be heard, but submitted that since it was a harmless one, the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied. A majority of the judges in the Court of Appeal allowed O's appeal and ordered a new trial, concluding that although the trial judge made no reference to the character evidence in his reasons, there was no indication that he had disabused himself of it or was otherwise aware that it should not be considered. The Crown had therefore not discharged its onus of demonstrating that the judge was not influenced by

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Marty David O'Brien *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. O'BRIEN****2011 CSC 29**

N° du greffe : 33817.

2011 : 23 février; 2011 : 9 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Erreur de droit — Disposition réparatrice — L'erreur du juge du procès de ne pas exclure la preuve de mauvaise moralité et de ne pas traiter explicitement de cette preuve dans ses motifs a-t-elle causé un tort important ou entraîné une erreur judiciaire grave? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

Un vol à main armée a été commis dans un dépanneur par un individu portant un masque d'Halloween bleu. Le lendemain matin, la police a trouvé aux alentours un masque de ce type, un grand couteau et le revêtement de plastique de la caisse enregistreuse du magasin. L'analyse des empreintes génétiques prélevées sur le masque a révélé qu'elles correspondaient uniquement à celle d'O, qui a été accusé de trois infractions, dont celle de vol qualifié. À plusieurs reprises, dans son témoignage lors du procès sans jury, l'enquêteur a mentionné brièvement les antécédents judiciaires et le comportement d'O. La défense ne s'est pas opposée à cette preuve, n'a pas demandé que son utilisation soit restreinte et l'a en fait utilisée en contre-interrogatoire. La défense a aussi mentionné la réputation de « criminel notoire » d'O dans son exposé final. O a été déclaré coupable. Le juge du procès n'a jamais fait allusion à la preuve de moralité de quelque façon que ce soit dans ses motifs. En appel, le ministère public a reconnu que la preuve de moralité avait été admise à tort, mais il a soutenu que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b(iii) du *Code criminel* trouvait application, car il s'agissait d'une erreur inoffensive. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel d'O et ordonné un nouveau procès, concluant que, même si le juge du procès n'a pas mentionné la preuve de moralité

the evidence and the curative proviso was not available. The dissenting judge found the error to be a harmless one and would have applied the curative proviso.

Held (Binnie and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the convictions restored.

Per McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Rothstein and Cromwell JJ.: The hearing of the character evidence by the trial judge was a harmless error of law that caused no substantial wrong or miscarriage of justice. The trial judge said in his reasons that he relied “entirely” on the DNA evidence. That meant that he did *not* rely on the character evidence. Imputing such reliance into reasons that state the contrary creates a new, unchartable universe of appellate review where even if the reasons reveal a proper grasp of the facts and the law, the trial judge may nonetheless find the integrity of his or her decision undermined by the possibility that judicial silence on an issue will be interpreted as “unconscious” judicial error. A trial judge is not required to itemize every conceivable issue, argument or thought process in his or her reasons. Trial judges are entitled to have their reasons reviewed based on what they say, not on the speculative imagination of reviewing courts. Here, the trial judge expressly stated that he relied only on the DNA evidence and made no mention of the character evidence in his reasons. He was entitled to be taken at his word. The trial judge’s chain of fact, law and logic in this case was impeccable. There is nothing about his approach that suggests a subconscious subversion of his articulated thoughts.

Per Binnie and LeBel JJ. (dissenting): The curative proviso has no application. The trial judge did not intervene or otherwise express any concern about (or even awareness of) the impropriety of evidence of bad character led by the prosecution. The majority in the Nova Scotia Court of Appeal concluded that “the inadmissible evidence was no mere inadvertent slip. It went on for some pages in the transcript. It included evidence that the accused was known to the police to be involved in the very type of offence before the court.”

dans ses motifs, rien n’indique qu’il a fait abstraction de cette preuve ou qu’il était autrement conscient qu’elle ne pouvait pas être prise en considération. Le ministère public ne s’était donc pas acquitté de son fardeau de démontrer que le juge n’avait pas été influencé par cette preuve, et la disposition réparatrice ne trouvait pas application. Le juge dissident a estimé que l’erreur était inoffensive et il aurait appliqué la disposition réparatrice.

Arrêt (les juges Binnie et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Rothstein et Cromwell : L’admission de la preuve de moralité par le juge du procès est une erreur de droit inoffensive qui n’a causé aucun tort important, ni entraîné d’erreur judiciaire grave. Dans ses motifs, le juge du procès a dit s’être « entièrement » fondé sur la preuve génétique, ce qui veut dire qu’il *ne s’est pas* appuyé sur la preuve de moralité. Inférer qu’il l’a fait, alors que ses motifs disent le contraire, revient à créer un nouvel univers de révision en appel impossible à baliser où, même si les motifs d’un juge de première instance démontrent qu’il a bien saisi les faits et le droit, l’intégrité de sa décision pourrait être compromise par la possibilité que son silence sur un point soit considéré comme une erreur judiciaire « inconsciente ». Le juge du procès n’est pas tenu d’énumérer chacun des points, arguments ou raisonnements imaginables. Les juges de première instance ont droit à ce que leurs motifs soient révisés en fonction de ce qu’ils ont écrit et non en fonction de l’imagination conjecturale des cours de révision. En l’espèce, le juge du procès a affirmé expressément s’être fondé seulement sur la preuve génétique et n’a pas parlé de la preuve de moralité dans ses motifs. Ses motifs doivent être tenus pour refléter fidèlement sa pensée. Son analyse factuelle, juridique et logique était impeccable. Rien dans son approche ne révèle qu’il aurait inconsciemment déformé ses pensées exprimées.

Les juges Binnie et LeBel (dissidents) : La disposition réparatrice ne trouve pas application en l’espèce. Le juge du procès n’est pas intervenu et n’a exprimé aucune réserve relativement à l’irrégularité de la preuve de mauvaise moralité produite par la poursuite (ni même indiqué qu’il en était conscient). Les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse ont conclu que « la preuve inadmissible n’a pas été produite simplement par inadvertance. Elle occupe plusieurs pages de la transcription. Il s’agissait notamment de la preuve que les policiers connaissaient l’accusé pour sa participation au type même d’infraction dont était saisi le tribunal. »

The Crown conceded that the DNA evidence did not, on its own, establish O's culpability. An inferential leap had still to be made from a finding that the accused once came into contact with the mask to a finding that he actually donned the mask on the date in question to commit the robbery.

The burden on the Crown seeking to invoke the curative proviso is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case beyond a reasonable doubt at trial. Important deficiencies in trial reasons cannot be excused on the basis that trial judges are presumed to know the law. Here, the trial judge's use of the word "entirely" in relation to the DNA evidence just reflects the fact that there was no other identification evidence before him. In these circumstances, the admission of the character evidence was not harmless, since it could well have predisposed the trial judge to uncritical acceptance of the DNA evidence. If the judge had intended by the word "entirely" to distance himself from the inadmissible evidence, he would have said so. This is not a case where, despite any prejudice caused by the trial judge's error of law, the evidence against O was so overwhelming that a guilty verdict would necessarily be the outcome of a new trial.

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; **referred to:** *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869.

By Binnie J. (dissenting)

R. v. Suzack (2000), 141 C.C.C. (3d) 449; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Mars* (2006), 205 C.C.C. (3d) 376; *R. v. D.D.T.*, 2009 ONCA 918, 257 O.A.C. 258; *R. v. Samuels*, 2009 ONCA 719 (CanLII); *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *R. v. Rahm*, 2006 ABCA 111, 384 A.R. 341; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Fichaud, Beveridge and Farrar

Le ministère public a admis que la preuve génétique n'établissait pas, à elle seule, la culpabilité d'O. Il subsistait un écart inférentiel entre conclure que l'intimé avait déjà touché le masque et conclure qu'il l'avait bel et bien porté pour commettre le vol qualifié.

Le fardeau dont doit s'acquitter le ministère public lorsqu'il invoque la disposition réparatrice est beaucoup plus élevé que celui voulant qu'il prouve ses allégations hors de tout doute raisonnable au procès. Des lacunes importantes dans les motifs du juge du procès ne peuvent être ignorées parce qu'il est présumé connaître le droit. En l'espèce, l'emploi par le juge du procès du mot « entièrement » lorsqu'il a parlé de la preuve génétique indique uniquement qu'il ne disposait d'aucune autre preuve d'identification. Dans les circonstances, l'admission de la preuve de moralité n'était pas inoffensive, car elle aurait pu fort bien prédisposer le juge du procès à accepter la preuve génétique sans exercer son sens critique. Si le juge du procès avait employé le mot « entièrement » dans l'intention de se distancier de la preuve inadmissible, il l'aurait précisé. Il ne s'agit pas d'un cas où, peu importe le préjudice causé par l'erreur de droit du juge du procès, la preuve contre O était à ce point accablante qu'un verdict de culpabilité est la seule issue sur laquelle pourrait forcément déboucher un nouveau procès.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; **arrêts mentionnés :** *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869.

Citée par le juge Binnie (dissident)

R. c. Suzack (2000), 141 C.C.C. (3d) 449; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Mars* (2006), 205 C.C.C. (3d) 376; *R. c. D.D.T.*, 2009 ONCA 918, 257 O.A.C. 258; *R. c. Samuels*, 2009 ONCA 719 (CanLII); *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; *R. c. Rahm*, 2006 ABCA 111, 384 A.R. 341; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Fichaud, Beveridge

JJ.A.), 2010 NSCA 61, 293 N.S.R. (2d) 78, 928 A.P.R. 78, 258 C.C.C. (3d) 358, [2010] N.S.J. No. 385 (QL), 2010 CarswellNS 425, setting aside the convictions entered by Murphy J., 2009 NSSC 194, 279 N.S.R. (2d) 157, 887 A.P.R. 157, [2009] N.S.J. No. 290 (QL), 2009 CarswellNS 357, and ordering a new trial. Appeal allowed, Binnie and LeBel JJ. dissenting.

Kenneth W. F. Fiske, Q.C., and William D. Delaney, for the appellant.

Robert Gregan and Pavel Boubnov, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — A man wearing a blue Halloween mask and holding a large, butcher-style knife came into a variety store and demanded money from the woman working in the store that night. When she opened the cash register, the robber scooped money from the till and ran out of the store. His actions were caught by the store's security camera.

[2] The next morning, police found a number of items in the neighbourhood: a blue Halloween mask, a large knife, and what turned out to be a plastic cover from the store's cash register. A test of the DNA found on the blue mask matched only one person: Marty David O'Brien. This match was characterized by the DNA expert in her report as follows:

The estimated probability of selecting an unrelated individual at random from the Canadian Caucasian population . . . is 1 in 33 billion.

[3] Mr. O'Brien was charged and convicted of three offences, including robbery.

et Farrar), 2010 NSCA 61, 293 N.S.R. (2d) 78, 928 A.P.R. 78, 258 C.C.C. (3d) 358, [2010] N.S.J. No. 385 (QL), 2010 CarswellNS 425, qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées par le juge Murphy, 2009 NSSC 194, 279 N.S.R. (2d) 157, 887 A.P.R. 157, [2009] N.S.J. No. 290 (QL), 2009 CarswellNS 357, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Binnie et LeBel sont dissidents.

Kenneth W. F. Fiske, c.r., et William D. Delaney, pour l'appelante.

Robert Gregan et Pavel Boubnov, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Abella, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Un homme portant un masque d'Halloween bleu et armé d'un grand couteau de boucher est entré dans un dépanneur et a demandé à l'employée qui travaillait au magasin ce soir-là de lui remettre l'argent. Lorsqu'elle a ouvert la caisse enregistreuse, le voleur s'est emparé de l'argent qui s'y trouvait et s'est enfui du magasin en courant. Il a été filmé par la caméra de surveillance du magasin.

[2] Le lendemain matin, la police a trouvé un certain nombre d'objets aux environs du magasin : un masque d'Halloween bleu, un grand couteau et ce qui s'est avéré être le revêtement de plastique de la caisse enregistreuse du magasin. Les empreintes génétiques (ADN) qui ont été prélevées sur le masque bleu correspondaient à celles d'une seule personne : Marty David O'Brien. Dans son rapport, l'experte en ADN donne les précisions suivantes sur cette correspondance :

[TRADUCTION] On estime à 1 sur 33 milliards la probabilité qu'elles soient associées à un Canadien de race blanche pris au hasard [. . .] qui n'est pas mêlé à l'affaire.

[3] M. O'Brien a été accusé et reconnu coupable de trois infractions, dont celle de vol qualifié.

[4] At a trial without a jury before Justice John D. Murphy, nine witnesses testified. The investigating officer made brief references to Mr. O'Brien's prior criminal record and conduct in the course of his testimony. Not only was there no objection to this evidence by the defence nor any request that it be limited to a narrative purpose; the defence used the evidence in its cross-examination of the investigating officer:

Okay. Now in your testimony you briefly stated that you knew Mr. O'Brien to be known as an offender and that's why you sort of steered in his direction in terms of this particular incident.

[5] Only defence counsel, in closing submissions, referred again to Mr. O'Brien's reputation as a "known offender". The Crown made no mention of the character evidence in its closing submission and the trial judge made no reference of any kind to it.

[6] Mr. O'Brien did not testify and the defence called no evidence.

[7] The basis of Mr. O'Brien's appeal to the Nova Scotia Court of Appeal was that the verdict was unreasonable. Before the hearing, the clerk of the court, at the panel's request, wrote to counsel and asked that they be prepared to address the issue of character evidence. Mr. O'Brien had not raised this issue as a ground of appeal either in his notice of appeal or his factum.

[8] At the appeal, the Crown acknowledged that it was an error for the trial judge not to exclude the character evidence or qualify its purpose, but submitted that since it was not a serious error, the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, should be applied.

[9] All three judges concluded that the verdict was not unreasonable. The majority held, however, that the trial judge made a serious error in

[4] Neuf personnes ont témoigné lors du procès sans jury présidé par le juge John D. Murphy. Durant son témoignage, l'enquêteur a fait de brefs commentaires sur les antécédents judiciaires et le comportement de M. O'Brien. Non seulement la défense ne s'est pas opposée à cette preuve, ni n'a demandé qu'elle soit considérée uniquement comme un élément du récit des faits, mais elle l'a utilisée dans son contre-interrogatoire de l'enquêteur :

[TRADUCTION] D'accord. Maintenant, dans votre témoignage, vous avez mentionné brièvement que vous saviez que M. O'Brien était connu comme un criminel et que c'est pour cette raison que vous avez en quelque sorte enquêté sur lui relativement à cet incident particulier.

[5] Seule l'avocate de la défense a parlé à nouveau, dans son exposé final, de la réputation de « criminel notoire » de M. O'Brien. Le ministère public n'a pas mentionné la preuve de moralité dans son exposé final et le juge du procès n'y a jamais fait allusion, de quelque façon que ce soit.

[6] M. O'Brien n'a pas témoigné, et la défense n'a produit aucune preuve.

[7] Le moyen invoqué par M. O'Brien pour interjeter appel à la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse était que le verdict était déraisonnable. Avant l'audition, le greffier de la Cour d'appel a écrit aux avocats, à la demande de la formation chargée de statuer sur l'appel, pour leur demander de se préparer à débattre de la preuve de moralité. M. O'Brien n'avait invoqué ce moyen d'appel ni dans son avis d'appel, ni dans son mémoire.

[8] En appel, le ministère public a reconnu que le juge du procès avait eu tort de ne pas exclure la preuve de moralité, ni même préciser à quelle fin elle pouvait être utilisée, mais il a soutenu que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, trouvait application, car il ne s'agissait pas d'une erreur grave.

[9] Les trois juges ont conclu à l'unanimité que le verdict n'était pas déraisonnable, mais ils ont statué à la majorité que le juge du procès avait commis

allowing the character evidence to be heard. In its view, even though the trial judge made no reference to the character evidence in his reasons, there was no indication that he “disabused himself from that evidence or was otherwise aware that it could not be considered” (2010 NSCA 61, 293 N.S.R. (2d) 78, at para. 94). The Crown had, as a result, not discharged its onus of demonstrating that the judge was not influenced, “consciously or unconsciously”, by the impugned prejudicial evidence (para. 95). The curative proviso was therefore not available. The appeal was allowed and a new trial ordered.

[10] The dissenting judge, Fichaud J.A., would have dismissed the appeal. In his view, the error in hearing the investigating officer’s propensity evidence was not a serious one and caused no substantial wrong or miscarriage of justice. He concluded:

The trial judge’s written reasons satisfy me affirmatively that the improper evidence had no impact. This, in my view, satisfies the Crown’s burden under the proviso. The judge’s words that he relied “entirely on the DNA evidence” to connect Mr. O’Brien to the robbery exclude any imputation to the judge of a veiled line of reasoning sourced in [the investigating officer’s] problematic testimony. My colleague does not explain how such a veiled line of reasoning can co-exist with the judge’s clear statement that he relied “entirely on the DNA evidence.” My colleague says that if the judge had “arrived at his conclusion by expressly relying on evidence untainted by the impugned evidence”, he might take a different view of the proviso. By my reading of the decision, that is what the judge did. . . .

. . . Nothing in the decision suggests, even obliquely, that [the investigating officer’s] improper character testimony figured in the identification. [paras. 151-52]

The curative proviso was therefore available. I share this view.

[11] The issue before us was whether the trial judge’s error in hearing “bad character”

une erreur grave en autorisant la présentation de la preuve relative à la moralité. Selon la majorité, même si le juge du procès n’a pas mentionné cette preuve dans ses motifs, rien n’indique qu’il [TRADUCTION] « a fait abstraction de cette preuve ou qu’il était autrement conscient qu’elle ne pouvait pas être prise en considération » (2010 NSCA 61, 293 N.S.R. (2d) 78, par. 94). Le ministère public ne s’était donc pas acquitté de son fardeau de démontrer que le juge n’avait pas été influencé, « consciemment ou non », par la preuve préjudiciable attaquée (par. 95). La disposition réparatrice ne trouvait donc pas application. L’appel a été accueilli et un nouveau procès ordonné.

[10] Le juge Fichaud, dissident, aurait rejeté l’appel. À son avis, le fait de recevoir le témoignage de l’enquêteur relativement à la propension au crime ne constituait pas une erreur grave et n’avait causé aucun tort important, ni entraîné d’erreur judiciaire grave. Il a conclu en ces termes :

[TRADUCTION] Les motifs écrits du juge du procès me convainquent nettement que la preuve irrégulière n’a eu aucune incidence. À mon avis, le ministère public s’est donc acquitté du fardeau que lui impose cette disposition. Les propos du juge selon lesquels il s’est fondé [TRADUCTION] « entièrement sur la preuve génétique » pour faire le lien entre M. O’Brien et le vol qualifié excluent toute possibilité d’attribuer au juge un raisonnement voilé qui prendrait sa source dans le témoignage problématique [de l’enquêteur]. Mon collègue n’explique pas comment un tel raisonnement voilé peut cadrer avec l’affirmation claire du juge qu’il s’est fondé [TRADUCTION] « entièrement sur la preuve génétique ». Mon collègue dit qu’il aurait pu avoir une opinion différente au sujet de la disposition si le juge « avait tiré sa conclusion en s’appuyant expressément sur la preuve non viciée par l’élément de preuve attaqué ». D’après mon interprétation de la décision, c’est ce que le juge a fait. . .

. . . Rien dans la décision ne tend à indiquer, même indirectement, que le témoignage de moralité irrégulier de [l’enquêteur] ait joué sur la question de l’identification. [par. 151-152]

Il était donc possible d’appliquer la disposition réparatrice. Je suis du même avis.

[11] La question qui nous est soumise est de savoir si l’erreur qu’a commise le juge du procès

evidence — and his related failure to specifically address that evidence in his reasons — was a harmless one, or whether it was outside the borders of the curative proviso.

[12] At trial, the only issue was identification. The trial judge cautioned himself about the need to approach such evidence with care, then concluded (2009 NSSC 194, 279 N.S.R. (2d) 157, at paras. 6-7):

We then have the circumstantial evidence of a blue mask being found the following morning a short distance from the store, on a route which leads toward the car. We also have the knife and the cash register part found the following day close to the blue mask. I am satisfied that the circumstantial evidence is strong and sufficient to prove beyond a reasonable doubt that there is a connection between the blue mask and the robbery of the convenience store . . . on the previous evening.

Given the fact that the video clearly shows someone wearing a blue mask, or the blue and black mask, it clearly shows the use of a knife, and the evidence from the person who was in charge of the cash at the store, who returned to the store that night, clearly links the cash register part found to the cash register, because her notations and notations of others were on it. I am satisfied that the evidence establishes that the blue mask was associated with the robbery, and I am convinced of that beyond a reasonable doubt.

The investigating officer's character evidence played no role in this finding.

[13] Turning then to the DNA evidence, the trial judge observed:

The question then becomes whether the mask is connected to the accused, to Mr. O'Brien beyond a reasonable doubt, and that depends, as I have indicated, entirely on the DNA evidence. [Emphasis added; para. 8.]

[14] After reviewing the DNA evidence for several paragraphs, the trial judge concluded that it "clearly ties" Mr. O'Brien to the mask, based on the irrefutable match between his DNA and the DNA

en entendant la preuve de « mauvaise moralité » — et son omission connexe d'en traiter expressément dans ses motifs — était une erreur inoffensive, ou si elle échappait au champ d'application de la disposition réparatrice.

[12] Au procès, l'identification de l'accusé était la seule question en litige. Le juge a rappelé la nécessité d'examiner avec circonspection la preuve soumise à cet égard puis il a tiré les conclusions suivantes (2009 NSSC 194, 279 N.S.R. (2d) 157, par. 6-7) :

[TRADUCTION] Ensuite, nous avons un élément de preuve circonstancielle : un masque bleu trouvé le lendemain matin à proximité du magasin, sur le trajet vers la voiture. Nous avons aussi le couteau et une pièce de la caisse enregistreuse trouvés le lendemain près du masque bleu. Je suis convaincu que la preuve circonstancielle est solide et suffisante pour établir hors de tout doute raisonnable l'existence d'un lien entre le masque bleu et le vol qualifié du dépanneur [. . .] survenu la veille en soirée.

Puisque la vidéo montre clairement un individu portant un masque bleu ou le masque bleu et noir, elle montre clairement l'usage d'un couteau, et le témoignage de l'employée responsable de la caisse au magasin, et qui y est retournée cette nuit-là, établit clairement un lien entre la caisse enregistreuse et la pièce trouvée, parce qu'elle portait les inscriptions de l'employée et celles d'autres personnes. Je suis convaincu que la preuve démontre l'existence d'un rapport entre le masque bleu et le vol qualifié. Et j'en suis convaincu hors de tout doute raisonnable.

La preuve de moralité présentée par l'enquêteur n'a eu aucune incidence sur cette conclusion.

[13] Passant ensuite à la preuve génétique, le juge du procès a affirmé :

[TRADUCTION] Il faut alors se demander s'il existe, hors de tout doute raisonnable, un rapport entre le masque et l'accusé, M. O'Brien, et, comme je l'ai dit, la réponse à cette question dépend entièrement de la preuve génétique. [Je souligne; par. 8.]

[14] Après avoir analysé la preuve génétique dans plusieurs paragraphes, le juge du procès a conclu que celle-ci [TRADUCTION] « établit clairement un lien » entre M. O'Brien et le masque, étant donné

found in the mask (para. 13). All this led the trial judge to conclude:

... the DNA evidence establishes the accused's identity as the robber beyond a reasonable doubt, ties him to the blue mask which was found, which I have indicated, based on circumstantial evidence, is clearly the mask that was used in the robbery. [para. 16]

[15] The propensity evidence from the investigating officer clearly played no part in the convictions. As Fichaud J.A. noted, not only did the trial judge expressly state that he relied *entirely* on the DNA evidence to identify Mr. O'Brien, his detailed reasons confirm this exclusive reliance. This evokes the words of McLachlin J. in *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393, at pp. 415-16, where she noted that when a trial judge expressly arrives at a conclusion on the critical issue "independently of the inadmissible evidence . . . no unfairness can be said to arise, nor has there been a miscarriage of justice" (see also *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 30).

[16] The trial judge said in his reasons that he relied "entirely" on the DNA evidence (para. 8). That meant that he did *not* rely on the character evidence. Imputing such reliance into reasons that state the contrary creates a new, unchartable universe of appellate review where even if the reasons reveal a proper grasp of the facts and the law, the trial judge may nonetheless find the integrity of his or her decision undermined by the possibility that judicial silence on an issue will be interpreted as "unconscious" judicial error.

[17] A trial judge has an obligation to demonstrate through his or her reasons how the result was arrived at. This does not create a requirement to itemize every conceivable issue, argument or thought process. Trial judges are entitled to have their reasons reviewed based on what they say, not

la correspondance irréfutable entre ses empreintes génétiques et celles prélevées sur le masque (par. 13). Toutes ces constatations ont amené le juge du procès à conclure que :

[TRADUCTION] ... la preuve génétique montre hors de tout doute raisonnable que l'accusé est l'auteur du vol qualifié, établit un rapport entre lui et le masque bleu qui a été retrouvé, un masque qui, comme je l'ai dit sur le fondement de la preuve circonstancielle, est sans aucun doute le masque utilisé lors du vol qualifié. [par. 16]

[15] Le témoignage de l'enquêteur relatif à la propension au crime n'a manifestement pas influé sur les déclarations de culpabilité. Comme l'a signalé le juge Fichaud, non seulement le juge du procès a affirmé expressément s'être fondé *entièrement* sur la preuve génétique pour identifier M. O'Brien, mais ses motifs détaillés confirment qu'il ne s'est appuyé sur rien d'autre. Cela n'est pas sans rappeler les propos tenus par la juge McLachlin dans *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393, p. 415-416, où elle a fait remarquer que, si le juge du procès arrive expressément à sa conclusion sur la question cruciale « indépendamment des témoignages qui se révèlent inadmissibles, [. . .] il ne peut y avoir ni injustice, ni erreur judiciaire grave » (voir aussi *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 30).

[16] Dans ses motifs, le juge du procès a dit s'être [TRADUCTION] « entièrement » fondé sur la preuve génétique (par. 8), ce qui veut dire qu'il *ne s'est pas* appuyé sur la preuve de moralité. Inférer qu'il l'a fait, alors que ses motifs disent le contraire, revient à créer un nouvel univers de révision en appel impossible à baliser, où même si les motifs d'un juge de première instance démontrent qu'il a bien saisi les faits et le droit, l'intégrité de sa décision pourrait être compromise par la possibilité que son silence sur un point soit considéré comme une erreur judiciaire « inconsciente ».

[17] Le juge de première instance doit montrer dans ses motifs comment il est arrivé à sa décision. Il n'est pas tenu pour autant d'énumérer chacun des points, arguments ou raisonnements imaginables. Les juges de première instance ont droit à ce que leurs motifs soient révisés en fonction de ce qu'ils

on the speculative imagination of reviewing courts. As Binnie J. noted in *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at para. 55, trial judges should not be held to some “abstract standard of perfection”.

[18] The trial judge was entitled to be taken at his word. His chain of fact, law and logic in this case was impeccable. I see nothing about his approach that suggests a subconscious subversion of his articulated thoughts.

[19] I therefore agree with Fichaud J.A. that the admission of the improper character evidence was a harmless error of law that caused no substantial wrong or miscarriage of justice.

[20] I would allow the appeal and restore the convictions.

The reasons of Binnie and LeBel JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) —

I. Introduction

[21] In this case, the Crown invokes the magic of DNA evidence to salvage convictions obtained in what all the judges of the Nova Scotia Court of Appeal agreed was an unfair trial.

[22] The respondent was convicted as the “masked robber” of a convenience store in Amherst, Nova Scotia. The only live issue was identification. There was no evidence, circumstantial or otherwise, linking him to the crime except for traces of DNA on one of two masks later found abandoned near the scene of the crime. The unfairness arose because the police, in the absence of such other evidence, decided to tell the court all about the respondent’s reputation as a habitual criminal in relation to other matters unconnected to the offences for which he was charged.

ont écrit et non en fonction de l’imagination conjecturale des cours de révision. Comme l’a souligné le juge Binnie dans *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, au par. 55, les juges de première instance ne devraient pas être tenus à une quelconque « norme abstraite de perfection ».

[18] Les motifs du juge du procès doivent être tenus pour refléter fidèlement sa pensée. Son analyse factuelle, juridique et logique était impeccable. Je ne vois rien dans son approche qui révèle qu’il aurait inconsciemment déformé ses pensées exprimées.

[19] Je suis donc d’accord avec le juge Fichaud pour dire que l’admission de la preuve irrégulière de moralité est une erreur de droit inoffensive qui n’a causé aucun tort important, ni entraîné d’erreur judiciaire grave.

[20] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité.

Version française des motifs des juges Binnie et LeBel rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) —

I. Introduction

[21] En l’espèce, le ministère public invoque la magie de la preuve génétique pour sauvegarder des déclarations de culpabilité prononcées à l’issue d’un procès que tous les juges de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse ont jugé inéquitable.

[22] L’intimé a été condamné comme le « voleur masqué » d’un dépanneur d’Amherst, en Nouvelle-Écosse. La seule question à trancher était celle de l’identification. Aucune preuve, circonstancielle ou autre, ne reliait l’intimé au crime, à l’exception des traces d’ADN laissées sur l’un des deux masques abandonnés près du lieu du crime et retrouvés par la suite. Le procès a été jugé inéquitable parce que la police a décidé, faute d’autres éléments de preuve, d’informer en détail la cour de la réputation de repris de justice que l’intimé avait acquise relativement à d’autres affaires sans lien avec les infractions dont il était accusé.

[23] The trial judge let in the propensity evidence without comment and gave no hint in his reasons that he recognized that the police branding of the respondent as a career criminal was against basic principles of trial fairness. Trial judges may be presumed to know the law but occasionally they misapply it. Otherwise, there would be no need for appellate courts.

[24] The respondent, now sentenced to six years and six months in prison, is entitled to know that the trial judge recognized the danger of propensity evidence and consciously put it aside. The trial judge's reasons provide no assurance on that point (2009 NSSC 194, 279 N.S.R. (2d) 157).

[25] A majority of my colleagues conclude that the trial judge's use of the word "entirely" in relation to his reliance on the DNA evidence is enough to render the unfairness of the trial harmless. To do so, in my view, ignores the context of the trial as a whole. The reliability of DNA science is well established, but problems in the handling of DNA samples and management of the test results have given rise to a number of wrongful convictions where (as here) there was not a shred of other probative evidence to connect an accused to the crime. DNA evidence is not a sufficient substitute for a fair trial in the circumstances disclosed in this record. The curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, requires the Crown, not the defence, to show that despite the unfair trial, there was no substantial wrong or miscarriage of justice. For the reasons that follow, I do not believe that the Crown has discharged its onus. I agree with the caution exercised by the majority in the court below. I would dismiss the appeal.

[23] Le juge du procès a reçu la preuve de propension au crime sans faire quelque commentaire que ce soit ni indiquer de quelque façon que ce soit dans ses motifs qu'il reconnaissait qu'il était contraire aux principes de l'équité procédurale que la police catalogue ainsi l'intimé comme un criminel endurci. Les juges de première instance sont présumés connaître le droit, mais il leur arrive parfois de mal l'appliquer. D'où la raison d'être des cours d'appel.

[24] Condamné à six ans et six mois d'emprisonnement, l'intimé a le droit d'avoir l'assurance que le juge du procès était conscient du risque associé à la preuve de propension au crime et a sciemment écarté cette preuve. Or, les motifs du juge du procès ne le démontrent aucunement (2009 NSSC 194, 279 N.S.R. (2d) 157).

[25] La majorité de mes collègues estiment que l'emploi, par le juge du procès, du mot [TRADUCTION] « entièrement », lorsqu'il dit s'être fondé sur la preuve génétique, suffit pour que le manquement à l'équité du procès soit inoffensif. À mon avis, ce point de vue fait abstraction du contexte du procès dans son ensemble. La fiabilité de la génétique est bien établie, mais des problèmes dans la manipulation des échantillons d'ADN et dans la gestion des résultats des tests ont entraîné plusieurs déclarations de culpabilité injustifiées dans des cas où (comme en l'espèce) il n'existait pas l'ombre d'une preuve, autre que génétique, reliant l'accusé au crime. Compte tenu des circonstances révélées par le dossier, la preuve génétique ne peut être considérée comme un substitut valable à un procès équitable. C'est au ministère public, et non à la défense, que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, impose le fardeau de démontrer que le procès inéquitable n'a pas causé de tort important ni entraîné d'erreur judiciaire grave. Pour les motifs qui suivent, je ne crois pas que le ministère public se soit acquitté de ce fardeau. La prudence dont ont fait preuve les juges majoritaires de la juridiction inférieure est selon moi justifiée. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

A. *Evidence of Bad Character*

[26] The Crown's evidence at trial sought to portray the respondent as a "bad person" of the sort likely to commit the robbery of a convenience store. Beveridge J.A. stated that "the inadmissible evidence was no mere inadvertent slip. It went on for some pages in the transcript. It included evidence that the [accused] was known to the police to be involved in the very type of offence before the court" (2010 NSCA 61, 293 N.S.R. (2d) 78, at para. 68). He referred, at para. 70, to Doherty J.A. in *R. v. Suzack* (2000), 141 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.):

It has been established for over 100 years that the Crown cannot make its case by showing that the accused engaged in misconduct other than that alleged against him for the purpose of showing that the accused was the type of person who would commit the crime alleged. [para. 116]

Here, however, the police investigator, Sgt. Blakeney, testified as follows:

So just at this particular time in 2004 in October there was . . . Marty O'Brien was thought to be involved in a number of incidences [sic] within Amherst and within the county . . . [Emphasis added; A.R., vol. II, at p. 183.]

The officer referred to the "common knowledge" of the respondent's criminal character:

I've known Marty O'Brien and he's known me for years. I don't know, maybe 10 or maybe 15, 20 years, and I know his . . . I don't know everything he does, but I know his criminal background, and it was common knowledge within our office and within the RCMP detachment in Amherst that Marty O'Brien was an active criminal who was traveling Amherst . . . Cumberland County area, and we were aware that Marty was involved in these activities. [A.R., vol. III, at p. 3]

This general "evidence" of criminality was unrelated to the offences as charged. The policeman continued:

A. *La preuve de mauvaise moralité*

[26] La preuve présentée par le ministère public au procès visait à dépeindre l'intimé comme le genre de « mauvaise personne » susceptible de commettre un vol qualifié dans un dépanneur. Le juge Beveridge a mentionné que [TRADUCTION] « la preuve inadmissible n'a pas été produite simplement par inadvertance. Elle occupe plusieurs pages de la transcription. Il s'agissait notamment de la preuve que les policiers connaissaient [l'accusé] pour sa participation au type même d'infraction dont était saisi le tribunal » (2010 NSCA 61, 293 N.S.R. (2d) 78, par. 68). Au paragraphe 70, il a cité le juge Doherty, dans *R. c. Suzack* (2000), 141 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.) :

[TRADUCTION] Il est établi depuis plus de 100 ans que la poursuite ne peut démontrer le bien-fondé de sa cause en prouvant que l'accusé a commis un autre acte répréhensible que celui qui lui est reproché, dans le but d'établir que l'accusé est le type de personne susceptible de commettre le crime allégué. [par. 116]

En l'espèce, l'enquêteur de police, le sergent Blakeney, a néanmoins affirmé dans son témoignage :

[TRADUCTION] Alors, à ce moment précis, en octobre 2004, il y avait . . . on croyait que Marty O'Brien était mêlé à plusieurs incidents survenus à Amherst et dans le comté . . . [Je souligne; d.a., vol. II, p. 183.]

L'agent a dit que la réputation de criminel de l'intimé était « notoire » :

[TRADUCTION] Je connais Marty O'Brien et il me connaît depuis plusieurs années. Je ne sais pas, peut-être 10 ou peut-être 15, 20 ans, et je sais qu'il . . . je ne suis pas au courant de tous ses faits et gestes, mais je connais ses antécédents criminels, et il était notoire parmi le personnel de notre bureau et du détachement de la GRC à Amherst que Marty O'Brien était un criminel actif qui se promenait à Amherst . . . dans le secteur du comté de Cumberland, et nous savions que Marty participait à ces activités. [d.a., vol. III, p. 3]

Il n'y avait aucun lien entre cette « preuve » générale de criminalité et les infractions dont l'intimé était accusé. L'agent a poursuivi en ces termes :

So I went to the county jail, and I spoke to Marty O'Brien with regards to his being involved and he denied any involvement in it whatsoever. So I . . . after this, I checked . . . later on it became known that Marty O'Brien was convicted in court for a number of offences and a DNA order was issued to be taken on Marty O'Brien. So I continued to monitor DNA orders. [Emphasis added; A.R., vol. II, at p. 184.]

[27] It is true that counsel for the defence did not object. Nor did the trial judge intervene or otherwise express any concern about (or even awareness of) the impropriety of the evidence. Nevertheless, both the majority and the minority in the court below found the evidence of bad character to be wholly inadmissible and the trial on that account to be unfair. As this Court observed in *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, at para. 139:

It is frequently mentioned that “prejudice” in this context is not the risk of conviction. It is, more properly, the risk of an unfocussed trial and a *wrongful* conviction. The forbidden chain of reasoning is to infer guilt from *general* disposition or propensity. The evidence, if believed, shows that an accused has discreditable tendencies. In the end, the verdict may be based on prejudice rather than proof, thereby undermining the presumption of innocence enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Propensity evidence is designed to predispose the trier of fact to accept more readily as credible the guilt of the accused than would otherwise be the case. As mentioned, Beveridge J.A. noted that its use in this case “was no mere inadvertent slip” (para. 68).

B. *Evidence of Identification*

[28] The identification of the respondent as the perpetrator rested on two strands of evidence.

(1) The Red Car

[29] At about the same time as the robbery, a red car was seen by a witness leaving the general area

[TRANSLATION] Alors, je suis allé à la prison du comté, et j'ai parlé à Marty O'Brien de sa participation dans l'incident et il a nié quelque participation que ce soit. Donc, j'ai . . . après, j'ai fait une vérification . . . on a appris que Marty O'Brien avait été reconnu coupable de plusieurs infractions et une ordonnance de prélèvement génétique sur Marty O'Brien a été rendue. J'ai donc continué de faire le suivi des ordonnances de prélèvement génétique. [Je souligne; d.a., vol. II, p. 184.]

[27] Il est vrai que l'avocate de la défense ne s'est pas opposée à ce témoignage. Le juge du procès n'est pas non plus intervenu et n'a exprimé aucune réserve relativement à l'irrégularité du témoignage (ni même indiqué qu'il en était conscient). Les juges majoritaires et le juge dissident de la Cour d'appel ont néanmoins tous conclu que la preuve de mauvaise moralité était totalement inadmissible et que, pour cette raison, le procès était inéquitable. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 139 :

On mentionne souvent que le « préjudice » dans ce contexte n'est pas le risque de déclaration de culpabilité. Le préjudice réside davantage dans le risque de procès diffus et de déclaration de culpabilité *injustifiée*. Le raisonnement interdit est l'inférence de culpabilité à partir d'une prédisposition ou propension *générale*. La preuve, si on y ajoute foi, démontre que l'accusé a des tendances déshonorantes. En définitive, le verdict peut être fondé sur un préjudice plutôt que sur une preuve, compromettant ainsi la présomption d'innocence consacrée à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La preuve de propension au crime a pour objet de prédisposer le juge des faits à croire plus facilement à la culpabilité de l'accusé qu'il n'y croirait autrement. Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge Beveridge a signalé qu'en l'espèce cette preuve n'avait pas été utilisée [TRANSLATION] « simplement par inadvertance » (par. 68).

B. *La preuve d'identification*

[28] L'identification de l'intimé comme étant le voleur reposait sur deux éléments.

(1) La voiture rouge

[29] À peu près au moment du vol qualifié, un témoin a aperçu une voiture rouge quitter le secteur

where the mask and other items were subsequently found. The respondent's former girlfriend testified that she owned a red car to which, during the relationship, the respondent had "access". She did not say the relationship was continuing as of the date of the robbery or that he had continuing access. The witness was shown pictures of the former girlfriend's car, but did not identify this car as the one she saw, or provide any identifying features about it except that the car she saw was red. She could not even say whether the car in the photo was the same or close to the same colour of red. The trial judge correctly concluded that the "red car" evidence was essentially unhelpful.

(2) The DNA Evidence

[30] A forensic expert recovered DNA from the two abandoned face masks and testified that in the case of one of the masks, the DNA matched that of the respondent. Evidence of a "match" does not, of course, prove guilt of the offence. The Crown acknowledged that the DNA evidence in this case was the equivalent to that of a fingerprint in the sense that it established that *at some point in time* the respondent had handled or even worn the mask. It did not, without more, establish that the respondent was the masked robber on October 11, 2004.

[31] The trial judge said that he relied "entirely" on the DNA evidence to link the respondent to the mask, which the trial judge concluded (on other evidence) was the mask used in the robbery. However, an inferential leap must still be made from a finding that the respondent once came into contact with the mask to a finding that he actually donned the mask to commit the robbery. DNA evidence alone does little to bridge this analytical gap — unless one was also given the information from Sgt. Blakeney that it is not just *any* random member of the community whose DNA has been found on the mask, but the DNA of a career criminal who was known to

où le masque et d'autres objets ont été retrouvés par la suite. L'ancienne petite amie de l'intimé a témoigné qu'elle était propriétaire d'une voiture rouge à laquelle l'intimé avait « accès » durant leur relation. Elle n'a pas dit que leur relation se poursuivait à la date du vol qualifié ni que l'intimé avait toujours accès à sa voiture. On a montré au témoin des photos de la voiture de l'ancienne petite amie, mais le témoin n'a pas affirmé qu'il s'agissait de la voiture qu'il avait vue, ni fourni aucun détail caractéristique de la voiture, à l'exception de sa couleur rouge. Le témoin n'était même pas en mesure de dire si la voiture sur la photo avait la même teinte de rouge ou une teinte semblable à celle de la voiture qu'il avait aperçue. Le juge du procès a conclu à bon droit que la preuve relative à la « voiture rouge » était foncièrement inutile.

(2) La preuve génétique

[30] Un expert en criminalistique a prélevé des échantillons d'ADN sur les deux masques abandonnés et a témoigné que l'ADN sur l'un de ces masques correspondait à celui de l'intimé. Il va de soi que la preuve d'une « correspondance » n'établit pas la culpabilité pour l'infraction. Le ministère public a admis que la preuve génétique en l'espèce équivalait à une preuve d'empreinte digitale, en ce sens qu'elle démontrait que l'intimé avait manipulé, ou même porté le masque, *à un moment donné*. Cette preuve n'établissait pas, à elle seule, que l'intimé était le voleur masqué du 11 octobre 2004.

[31] Le juge du procès a dit s'être fondé [TRADUCTION] « entièrement » sur la preuve génétique pour faire le lien entre l'intimé et le masque qui, d'après le juge du procès (sur la foi d'autres éléments de preuve), était celui qui avait été utilisé lors du vol qualifié. Il subsiste cependant un écart inférentiel entre conclure que l'intimé a déjà touché le masque et conclure qu'il l'a bel et bien porté pour commettre le vol qualifié. La preuve génétique à elle seule ne permet guère de combler cet écart inférentiel — à moins que l'on apprenne aussi du sergent Blakeney que l'ADN prélevé sur le masque appartenait non pas à *n'importe quel* membre de la

be implicated in a string of similar incidents in the same area around the same time.

C. *The Curative Proviso*

[32] Section 686(1)(b)(iii) permits an appellate court to uphold a conviction despite error of law committed by the trial judge where that error has not led to a substantial wrong or miscarriage of justice. The error of law in this case was the admission of the evidence portraying the respondent as a career criminal — exactly the sort of person one might expect robbed this convenience store.

[33] The “curative proviso” is to be applied only in those cases where the outcome of the trial, irrespective of the error, would necessarily have been the same (*Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739). The onus of establishing that this high standard is met is on the Crown: *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716.

[34] The curative proviso may be applied, according to its modern interpretation, where the Crown can establish on a balance of probabilities that the legal error is harmless, in the sense that no prejudice has resulted, or that, despite any prejudice caused by the trial judge’s error of law, the evidence against the accused is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict: *Khan*, at paras. 26-31; *Jolivet*, at paras. 48-54; *Van*, at paras. 34-36.

[35] In the application of the curative proviso on the facts of this case, I do not think that it is sufficient to rely on the trial judge’s silence on the issues of the inadmissible police evidence. Nor should the Court’s refusal of a new trial hang on the thread of the trial judge’s use of the word “entirely” which — it seems to me — just reflects the fact that there was no other identification evidence before him. If

collectivité, mais à un criminel endurci connu pour avoir participé à une série d’incidents semblables survenus dans le même secteur à peu près au même moment.

C. *La disposition réparatrice*

[32] Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) autorise une cour d’appel à confirmer une déclaration de culpabilité en dépit d’une erreur de droit du juge du procès si cette erreur n’a pas causé un tort important, ni entraîné d’erreur judiciaire grave. L’erreur de droit en l’espèce réside dans l’admission du témoignage dépeignant l’intimé comme un criminel endurci — exactement le type de personne qui aurait vraisemblablement perpétré un vol qualifié dans le dépanneur en question.

[33] La « disposition réparatrice » ne doit être appliquée que dans les cas où l’issue du procès aurait été forcément la même, sans égard à l’erreur commise (*Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739). C’est au ministère public qu’il incombe de satisfaire à cette norme élevée : *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716.

[34] La disposition réparatrice, telle qu’elle est interprétée aujourd’hui, trouve application lorsque le ministère public peut établir selon la prépondérance des probabilités que l’erreur de droit est inoffensive, en ce sens qu’elle n’a causé aucun préjudice, ou que, peu importe le préjudice causé par l’erreur de droit du juge du procès, la preuve contre l’accusé est à ce point accablante que le juge des faits rendrait inévitablement un verdict de culpabilité : *Khan*, par. 26-31; *Jolivet*, par. 48-54; *Van*, par. 34-36.

[35] En ce qui concerne l’application de la disposition réparatrice dans les circonstances, je ne crois pas qu’il soit suffisant d’invoquer le silence du juge du procès sur les questions concernant la preuve inadmissible fournie par la police. Le refus de la Cour d’ordonner un nouveau procès ne devrait pas non plus ne tenir qu’à un fil, soit l’emploi par le juge du procès du mot « entièrement » qui — à

he had intended by the word “entirely” to distance himself from the inadmissible propensity evidence, I expect he would have said so.

[36] My concern does not “impute” flawed reasoning to the trial judge on the basis of “speculative imagination” (reasons of Abella J., at paras. 16-17). Rather, it reflects the general principle that the *Crown*, not the defence, bears the burden of showing that the improper evidence was “harmless”. In my respectful view, Abella J.’s reasoning is tantamount to reversing the Crown’s burden of proof.

[37] The respondent argues that the evidence of bad character was prejudicial because it predisposed the trial judge to uncritical acceptance of the DNA evidence. The submission on his behalf was that “[t]he impact of DNA evidence found on the Halloween mask could have been dangerously inadvertently exaggerated by the judicial knowledge of Mr. O’Brien’s ‘proclivities’” (R.F., at para. 28).

[38] The Crown’s response is that the trial judge was not affected by the evidence of bad character because he didn’t mention it in his reasons. However, as noted by Beveridge J.A., the trial judge gave no indication that he was even aware of the problem — either when the evidence was being adduced or in his reasons for judgment.

D. *Was the Wrongful Admission of the Evidence of Bad Character “Harmless”?*

[39] In this case, the majority in the Court of Appeal declined to apply the curative proviso in part because there was no other evidence linking the respondent to the crime. Reference was made to *R. v. Mars* (2006), 205 C.C.C. (3d) 376 (Ont. C.A.), where Doherty J.A., dealing with fingerprint evidence, wrote:

mon sens — indique uniquement qu’il ne disposait d’aucune autre preuve d’identification. Si le juge du procès avait employé ce mot dans l’intention de se distancier de la preuve inadmissible de propension au crime, je pense qu’il l’aurait précisé.

[36] Mes réserves ne procèdent pas d’une « imagination conjecturale » m’amenant à « inférer » que le raisonnement du juge du procès est déficient (motifs de la juge Abella, par. 16-17). Elles relèvent plutôt du principe général selon lequel c’est au *ministère public*, et non à la défense, de démontrer que la preuve irrégulière était « inoffensive ». Soit dit en toute déférence, le raisonnement de la juge Abella inverse en quelque sorte le fardeau de la preuve qui incombe au ministère public.

[37] Selon l’intimé, la preuve de mauvaise moralité lui a porté préjudice en prédisposant le juge du procès à accepter la preuve génétique sans exercer son sens critique. On a fait valoir en son nom que [TRADUCTION] « la connaissance judiciaire des “tendances” de M. O’Brien aurait pu exagérer dangereusement, par inadvertance, l’incidence de la preuve génétique recueillie sur le masque d’Halloween » (m.i., par. 28).

[38] Le ministère public répond que la preuve de mauvaise moralité n’a pas influencé le juge du procès, puisqu’il n’en a pas fait mention dans ses motifs. Cependant, comme l’a souligné le juge Beveridge, le juge du procès n’a jamais donné la moindre indication qu’il était même conscient du problème — que ce soit au moment de la présentation de la preuve ou dans ses motifs de jugement.

D. *L’admission irrégulière de la preuve de mauvaise moralité était-elle « inoffensive »?*

[39] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont refusé en l’espèce d’appliquer la disposition réparatrice, notamment parce qu’aucun autre élément de preuve ne reliait l’intimé au crime. Ils ont cité les propos suivants tenus par le juge Doherty, dans *R. c. Mars* (2006), 205 C.C.C. (3d) 376 (C.A. Ont.), au sujet des empreintes digitales :

Fingerprint evidence will almost always afford cogent evidence that the person whose fingerprint is left on the object touched that object. However, the ability of the fingerprint evidence to connect an accused to the crime charged will depend on whether there is other evidence capable of establishing that the accused touched the object at the relevant time and place so as to connect the accused to the crime. [Emphasis added; para. 19.]

See also *R. v. D.D.T.*, 2009 ONCA 918, 257 O.A.C. 258. In *R. v. Samuels*, 2009 ONCA 719 (CanLII), by contrast, *Mars* was distinguished on the basis that there *was* “other evidence” linking the accused to the crime (para. 17).

[40] In the court below, Beveridge J.A. noted: “The Crown here concedes that the fact DNA was found on the blue/black mask does not, on its own, establish the . . . culpability [of the accused]” (para. 24).

The presence of the appellant’s DNA on the mask is equivalent to a fingerprint. The Crown’s expert testified that only small amounts of DNA are sufficient, and can be present for years. In addition, the thrust of the Crown’s expert evidence was that DNA can be transferred or deposited by handling. [para. 25]

[41] In these circumstances, I do not agree with Abella J. that admission of the evidence blackening the character of the respondent was harmless. The failure of the trial judge’s reasons to address the problematic police evidence is a deficiency that cannot simply be brushed off by reference to his use of the word “entirely”. The Crown argues that trial judges are presumed to know the law. However, the argument that *important* deficiencies in trial reasons can be excused on the basis that trial judges are presumed to know the law was rejected as a general one-size-fits-all excuse in *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, and should be rejected here as well.

[TRADUCTION] Les empreintes digitales fournissent presque toujours une preuve convaincante que la personne ayant laissé ses empreintes digitales sur un objet a touché cet objet. Cependant, la capacité des empreintes digitales d’établir un rapport entre l’accusé et le crime qu’on lui reproche est fonction de l’existence ou de l’absence d’autres éléments de preuve susceptibles d’établir que l’accusé a touché l’objet au moment et à l’endroit en cause et de faire ainsi le lien entre l’accusé et le crime. [Je souligne; par. 19.]

Voir aussi *R. c. D.D.T.*, 2009 ONCA 918, 257 O.A.C. 258. En revanche, dans *R. c. Samuels*, 2009 ONCA 719 (CanLII), la Cour d’appel a fait une distinction d’avec *Mars* parce qu’il *existait* [TRADUCTION] « d’autres éléments de preuve » reliant l’accusé au crime (par. 17).

[40] En Cour d’appel, le juge Beveridge a souligné : [TRADUCTION] « Le ministère public admet en l’espèce que l’ADN prélevé sur le masque bleu et noir n’établit pas, à lui seul, la culpabilité [de l’accusé] » (par. 24).

[TRADUCTION] L’empreinte génétique de l’appelant sur le masque est assimilable à une empreinte digitale. L’expert du ministère public a affirmé qu’une petite quantité d’ADN suffit et peut subsister durant des années. De plus, la preuve d’expert du ministère public montre essentiellement que l’ADN peut être déplacé ou laissé par manipulation. [par. 25]

[41] Dans les circonstances, je ne partage pas l’opinion de la juge Abella que l’admission de la preuve ternissant la réputation de l’intimé était inoffensive. L’omission du juge du procès de traiter, dans ses motifs, de la preuve problématique fournie par la police constitue une lacune qu’on ne saurait oblitérer simplement en soulignant l’emploi du mot « entièrement » par le juge. Le ministère public fait valoir que les juges de première instance sont présumés connaître le droit. Toutefois, dans l’arrêt *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, la Cour a rejeté, comme excuse universelle, l’argument voulant que des lacunes *importantes* dans les motifs du juge du procès puissent être ignorées parce qu’il est présumé connaître le droit. Elle devrait à nouveau la rejeter en l’espèce.

E. *The Crown's Reliance on the Leaney Case*

[42] The Crown invokes *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393. In that case, inadmissible opinion evidence was received from police officers but the curative proviso was nevertheless applied, *per* McLachlin J., at p. 415:

Given the trial judge's clear statement that he arrived at his conclusion as to identify independently of the evidence of the police officers, their evidence assumes the character of mere surplusage, which does not vitiate the judge's conclusion that Leaney was one of persons shown on the video screen. [Emphasis added.]

In my view, there is a significant difference between appellate tolerance of inadmissible opinion evidence in circumstances where the trial judge found that the opinion evidence was *unnecessary* to enable him to appreciate what he could see with his own eyes on a video (and the inadmissible opinions thus characterized as "mere surplusage") and *prejudicial* evidence of bad character. The content of the officers' testimony in *Leaney* was itself unobjectionable. The problem was that it was not their place to utter it. Here, in contrast, it is the information itself, and not just its source, that is objectionable.

[43] In my view, the Crown should not have the benefit of the curative proviso because the trial judge's reasons demonstrated no awareness of the problem of the police testimony. The situation, and thus the outcome, was different in *R. v. Rahm*, 2006 ABCA 111, 384 A.R. 341, where Conrad J.A. held:

We are troubled by the prosecutor's persistent line of questions relating to bad character but, in the end, we are satisfied that no miscarriage of justice resulted from the introduction of this character evidence. This was not a jury case. During the course of the trial, the trial judge made it clear that he understood that bad character was not admissible where character had not been placed in issue. [Emphasis added; para. 13.]

E. *Utilisation de l'arrêt Leaney par le ministère public*

[42] Le ministère public s'appuie sur *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393. Dans cette affaire, le juge du procès avait reçu les témoignages d'opinion inadmissibles de policiers, mais la disposition réparatrice avait tout de même été appliquée (la juge McLachlin, p. 415) :

En raison de l'affirmation catégorique du juge du procès qu'il est arrivé à sa conclusion sur l'identité indépendamment des dépositions des agents de police, leurs dépositions ont un caractère purement superfétatoire qui n'infirme pas la conclusion du juge que Leaney est l'une des personnes apparaissant à l'écran. [Je souligne.]

À mon avis, il y a une grande différence entre, d'une part, la tolérance d'une cour d'appel à l'égard d'un témoignage d'opinion inadmissible lorsque le juge du procès a estimé qu'il n'avait *pas besoin* de ce témoignage d'opinion pour constater ce qu'il pouvait voir lui-même à l'écran (témoignage d'opinion inadmissible qui a été qualifié de « purement superfétatoire ») et, d'autre part, la preuve *préjudiciable* de mauvaise moralité. La teneur des témoignages des policiers dans *Leaney* ne posait pas problème en soi. Le problème était qu'il ne leur appartenait pas de donner pareil témoignage. En l'espèce, par contre, c'est l'information elle-même, et non seulement sa source, qui pose problème.

[43] J'estime que le ministère public ne devrait pas pouvoir recourir à la disposition réparatrice, parce que le juge du procès n'a pas montré dans ses motifs qu'il était conscient du problème que posait le témoignage de la police. La situation et, par conséquent, l'issue de l'instance étaient différentes dans *R. c. Rahm*, 2006 ABCA 111, 384 A.R. 341, où le juge Conrad a affirmé :

[TRADUCTION] Les questions persistantes du poursuivant sur la mauvaise moralité nous troublent, mais en définitive nous sommes convaincus que la présentation de cette preuve de moralité n'a entraîné aucune erreur judiciaire. Il ne s'agissait pas d'un procès devant jury. Au cours du procès, le juge a clairement indiqué savoir que la preuve de mauvaise moralité était inadmissible lorsque la moralité n'a pas été mise en cause. [Je souligne; par. 13.]

No such understanding is evident in the trial reasons in this case.

[44] In these circumstances, I do not believe that the trial judge's error of law can be dismissed as "harmless", and, unless we can make an affirmative finding to that effect, the respondent is entitled to a new trial.

F. The Evidence of Guilt Was Not Overwhelming

[45] The curative proviso may also be applied when, despite an error of law that is not harmless, the case against an accused is so overwhelming that a guilty verdict would be the only reasonable outcome of a new trial.

[46] In the Court of Appeal, the Crown did not even argue that its case was so strong that a trier of fact would inevitably convict. Nor did the dissenting judge make any such suggestion. In my view, these concessions were correct.

[47] It is an exceptional thing to deny an accused the new trial to which he is otherwise entitled because of an appellate court's conjecture that the error was "harmless" or that any reasonable trier of fact, properly instructed, would simply find the evidence of guilt to be overwhelming.

[48] On this point, the majority of our Court stated in *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, *per* Deschamps J., at para. 82, that the burden on the Crown seeking to invoke the curative proviso "is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case 'beyond a reasonable doubt' at trial".

The standard applied by an appellate court, namely that the evidence against an accused is so overwhelming that conviction is inevitable or would invariably result, is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case "beyond a reasonable doubt" at trial. This higher standard reflects the fact that it is

En l'espèce, il ne ressort pas des motifs du juge du procès qu'il en était conscient.

[44] Dans ces circonstances, je ne crois pas qu'il soit possible de traiter comme « inoffensive » l'erreur de droit commise par le juge du procès et, à moins que nous soyons en mesure de conclure formellement le contraire, l'intimé a droit à un nouveau procès.

F. La preuve de culpabilité n'était pas accablante

[45] La disposition réparatrice peut aussi s'appliquer dans les cas où, malgré l'existence d'une erreur de droit qui n'est pas inoffensive, la preuve contre l'accusé est à ce point accablante qu'un verdict de culpabilité est la seule issue sur laquelle pourrait raisonnablement déboucher un nouveau procès.

[46] En Cour d'appel, le ministère public n'a même pas fait valoir que sa preuve était convaincante à un point tel que le juge des faits rendrait inévitablement un verdict de culpabilité. Le juge dissident ne l'a pas laissé entendre non plus. Selon moi, ces concessions ont été faites à juste titre.

[47] Il est exceptionnel que l'on refuse à un accusé le nouveau procès auquel il aurait par ailleurs droit parce que la juridiction d'appel émet l'hypothèse que l'erreur était « inoffensive » ou qu'un juge des faits raisonnable, bien informé, considérerait simplement que la preuve de culpabilité est accablante.

[48] S'exprimant à cet égard au nom des juges majoritaires de notre Cour dans *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, au par. 82, la juge Deschamps a mentionné que le fardeau dont doit s'acquitter le ministère public lorsqu'il invoque la disposition réparatrice « est beaucoup plus élevé[é] que [celui] voulant qu'[il] prouve ses allégations "hors de tout doute raisonnable" lors du procès ».

La norme que la juridiction d'appel doit utiliser, savoir déterminer si la preuve contre un accusé est à ce point accablante qu'une déclaration de culpabilité est inévitable ou serait forcément prononcée, est beaucoup plus élevée que celle voulant que le ministère public prouve ses allégations « hors de tout doute raisonnable » lors

difficult for an appellate court . . . to consider retroactively the effect that, for example, excluding certain evidence could reasonably have had on the outcome. [Emphasis added; para. 82.]

In my view, the Crown cannot establish that its case against the respondent was “overwhelming”.

II. Disposition

[49] I agree with the majority opinion in the court below that the curative proviso has no application, and accordingly I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, BINNIE and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the respondent: Nova Scotia Legal Aid, Amherst.

du procès. Cette norme plus élevée tient compte du fait qu’il est difficile pour une juridiction d’appel [. . .] de déterminer rétroactivement quel effet, par exemple, l’exclusion de certains éléments de preuve aurait raisonnablement pu avoir sur l’issue du procès. [Je souligne; par. 82.]

À mon avis, le ministère public ne peut établir que sa preuve contre l’intimé était « accablante ».

II. Dispositif

[49] Comme je souscris à l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel que la disposition réparatrice ne trouve pas application en l’espèce, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges BINNIE et LEBEL sont dissidents.

Procureur de l’appelante : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Procureur de l’intimé : Nova Scotia Legal Aid, Amherst.