

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

161-12-CA

FREDERICK BERNARD ANTHONY PROSSER

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Prosser v. R., 2015 NBCA 7

CORAM:

The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Deschênes  
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
December 4, 2012

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
September 23, 2014

Judgment rendered:  
January 29, 2015

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Deschênes

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

FREDERICK BERNARD ANTHONY PROSSER

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Prosser c. R., 2015 NBCA 7

CORAM :

l'honorable juge Larlee  
l'honorable juge Deschênes  
l'honorable juge Bell

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 4 décembre 2012

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appel entendu :  
le 23 septembre 2014

Jugement rendu :  
le 29 janvier 2015

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Deschênes

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
James J. Matheson

Pour l'appelant :  
James J. Matheson

For the respondent:  
Cameron H. Gunn, Q.C. and  
Kathryn Gregory

Pour l'intimée :  
Cameron H. Gunn, c.r., et  
Kathryn Gregory

THE COURT

LA COUR

The appeal against conviction is dismissed.

L'appel de la déclaration de culpabilité est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

DESCHÊNES, J.A.

I. Introduction

[1] The appellant was convicted on December 4, 2012 of first degree murder (s. 235(1) of the *Criminal Code*), sexual assault causing bodily harm (s. 272(1)(c)) and sexual assault (s. 271(a)) by a court composed of a judge and jury.

[2] Both parties acknowledge the DNA evidence proffered by the Crown on the identity issue was important. It purported to “connect” the appellant with the violent death of the victim, his girlfriend of many years and mother of their two children. The victim, Sabrina Patterson, died of strangulation and was partially wrapped in a garbage bag dropped on the side of a secondary rural road in a wooded area a few kilometers from the appellant’s residence.

[3] The DNA evidence established, with a very high degree of certainty, that the victim’s blood was found on the bed liner and tailgate of the appellant’s truck and on his pants. The DNA evidence also established that the appellant’s semen was present in the victim’s vaginal and rectal area and around her neck. It is not necessary to discuss in any detail the additional circumstantial evidence. In general terms, it consisted of a difficult relationship between the victim and the appellant, and of highly incriminatory pre-incident statements threatening to inflict upon the victim the kind of injuries that eventually caused her death. The Crown also relied on post-incident conduct and inconsistent statements.

[4] The dominant issues before us revolve around the trial judge’s instructions to the jury relating to the DNA evidence and the fact that the transcript of the evidence is replete with missing portions identified as “inaudible”. The grounds of appeal are as follows:

- a) The learned trial judge erred in law in failing to provide directions to the jury as to forensic DNA evidence in keeping with *R. v. Terceira*, [1999] 3 S.C.R. 866;
- b) The learned trial judge erred in law in providing inadequate directions to the jury that the expert DNA opinion evidence carried little or no weight, as the facts upon which that opinion was based were not proved in evidence at all, based upon *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852 and *R. v. Terceira*, [1999] 3 S.C.R. 866; and
- c) The inability to prepare a complete and accurate transcript of the trial proceedings in this matter has resulted in a “miscarriage of justice”, as per *R. v. Hayes*, [1989] 1 S.C.R. 44.

## II. Analysis

[5] It should be noted here that grounds of appeal (a) and (b) deal with alleged errors of law of two different kinds: one characterized as a non-direction or lack of proper instructions concerning the use and limitations of DNA evidence (ground of appeal (a)), and the other with the lack of a proper instruction as to the weight to be attributed to the DNA evidence in view of the absence of a supporting evidentiary foundation (ground of appeal (b)).

### A. *The ground of appeal related to “inaudible” references (ground c)*

[6] It is appropriate to start with the third ground of appeal as success on this ground would obviate the need to deal with the other grounds. The appellant, relying on *R v. Hayes*, [1989] 1 S.C.R. 44, [1989] S.C.J. No. 1 (QL), argues the absence of a complete and accurate record of the proceedings has resulted in a miscarriage of justice.

[7] The respondent admits there are 611 “inaudible” references in the entire transcript, which contains more than 165,000 words. The “inaudible” words consist of single words dispersed throughout the transcript and represent less than 0.5% of the entire transcript. None of these numbers have been challenged by the appellant. In any event, the number of “inaudible” references is not determinative of the issue. What is of significance is whether the state of the transcript is such that it “prevents the appellant from pursuing a meaningful appeal” (*R. v. Paul*, 2009 ONCA 443, [2009] O.J. No. 2184 (QL), at para. 41, leave to appeal refused [2009] S.C.C.A. No. 450 (QL). See also *Roy and Léger v. Assumption Mutual Life Insurance Co.*, 2003 NBCA 21, 258 N.B.R. (2d) 310, at para. 9; and *Dykeman v. Dykeman*, 2007 NBCA 40, 314 N.B.R. (2d) 80, at para. 8). As pointed out by the respondent in its written submission, *R. v. Le*, 2011 MBCA 83, [2011] M.J. No. 319 (QL), at para. 278, leave to appeal refused [2011] S.C.C.A. No. 526 (QL), provides a useful summary of the important factors to consider in determining whether a miscarriage of justice has resulted from a gap in a transcript:

In summary, in order to determine whether a gap in the transcript results in a miscarriage of justice, the court must consider the effect of the gap in relation to any possible prejudice to an appellant’s ability to appeal. The court may consider matters such as the notes of the trial judge, whose evidence is missing, the extent of the missing evidence, the relevant issues at trial, the closing addresses by counsel, the judge’s final instructions and whether there is any evidence available which suggests that there was anything of significance said during the gap. [para. 278]

[8] In the matter before us, the grounds of appeal relate to alleged errors in the trial judge’s instructions to the jury. There are neither “inaudible” words nor any gaps in those instructions.

[9] The appellant also points out that there are more than one hundred “inaudible” words in the transcription of the testimony of one of the Crown’s main witnesses, Ms. Joy Kearsey, a forensic biologist at the RCMP forensic lab in Halifax. It is alleged the missing portions of the transcript are “problematic” as they go “to the very

root of the appellant's grounds of appeal". With respect, this contention is without merit for at least two reasons: one, Ms. Kearsley's report was admitted by consent and her testimony merely explained in more comprehensive language the substance of her report; and two, the other grounds of appeal have nothing to do with the content of the DNA experts' reports. On the contrary, as pointed out by the respondent, the grounds of appeal take issue with the *adequacy* of the trial judge's instructions to the jury.

[10] In my view, this ground of appeal is without merit: the appellant has failed to demonstrate that there is a serious possibility that the omissions have deprived him of a ground of appeal, the very principle adopted in *Hayes* upon which he relies (see paragraph 10 of *Hayes*).

B. *The ground of appeal alleging non-direction with respect to forensic DNA evidence (ground a)*

[11] The first ground of appeal alleges the trial judge failed to properly instruct the jury as to the limits of the DNA evidence and the use to which it could be put, as suggested in *R. v. Terceira*, [1999] 3 S.C.R. 866, [1999] S.C.J. No. 74 (QL), affirming [1998] O.J. No. 428 (C.A.) (QL).

[12] In *Terceira*, the Supreme Court was in substantial agreement with the comments of Finlayson J.A. and the cautious approach taken by Campbell J.'s instructions to the jury with respect to DNA evidence. Finlayson J.A.'s relevant comments are contained in para. 65:

At the conclusion of the evidence, the trial judge in his instruction should advise the jury in the normal way as to the limits of the expert evidence and the use to which it can be put. Additionally, in the case of DNA evidence, he or she would be well advised to instruct the jury not to be overwhelmed by the aura of scientific infallibility associated with scientific evidence. The trial judge should tell them to use their common sense in their assessment of all of the evidence on the DNA issue and determine if it is

reliable and valid as a piece of circumstantial evidence.  
[para. 65]

Finlayson J.A. also reproduced portions of Campbell J.'s instructions to the jury:

The DNA tests in this case were conducted soon after The Centre of Forensic Labs opened itself for DNA case work. And there is evidence that challenges the conduct of the DNA tests and evidence that challenges the results. These are reasons for you to take a good close look at the DNA evidence, yourself, all the evidence you've heard from the Crown and the defence, and scrutinize it to see if you consider it reliable as a piece of circumstantial evidence. You have obviously followed it closely, spent a lot of time in court looking at the autorad projections, various aspects of the bands and their measurement and interpretation. You've seen those from both sides. I don't intend to repeat all of that. You have part of it, or small parts of it, anyway, in some of the material in front of you. You followed it very closely. I am confident you will use your common sense, you won't be overwhelmed by any aura of scientific authority advanced by any of the DNA witnesses. The assessment of the evidence really does boil down to a common sense assessment of the evidence, of the various opinions that you have heard, your assessment.

[...]

I turn to DNA as circumstantial evidence. Remember it's only one form of circumstantial evidence. You do not apply the standard of proof beyond a reasonable doubt to the individual pieces of circumstantial evidence upon which the Crown relies. I say it again. I will say it at least one more time: Don't get bedazzled or unduly swayed by some of the large numbers used in the DNA evidence. Remember, also, the burden of proof is always on the Crown, the burden never shifts, there is never any obligation on the defence to prove anything. [paras. 57 and 62]

[13] In essence, the appellant's contention is that DNA evidence, particularly the potential prejudicial effect of evidence related to probability statistics, necessitates an instruction in relation to its use and limitations. Relying mainly on *Terceira*, the appellant

contends that the jury should have been instructed as follows, and the failure to do so amounts to a non-direction that constitutes an error of law sufficient to warrant a new trial:

- a. The jury should be generally instructed on the use and limits of DNA evidence.
- b. The jury should be admonished against becoming overwhelmed by the aura of scientific infallibility associated with this class of evidence which are no more than the product of mathematical and scientific testing and theory, not concrete facts.
- c. The jury should be told to use common sense in their assessment of all of the evidence of the DNA issue.
- d. That DNA is just one piece of circumstantial evidence of the Crown's case to prove identity; it is not, in itself, a predictor of guilt.

[14] At first blush, the appellant's position as to the inadequacy of the instructions on DNA evidence is attractive. One could understandably prefer a more robust charge on DNA evidence to decant and simplify the evidence of the DNA specialists. As suggested in *Terceira*, one might prefer stronger language to ensure that the jury had a good grasp of the use and limitations of the evidence on "matches" and population genetics.

[15] However, a review of some of the principles involved in assessing a jury charge, or a part thereof, to determine its adequacy indicates more than a first impression is required. *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, [1997] S.C.J. No. 21 (QL), is perhaps where one should start:

Having read and reread the charge, I have no doubt that the jury was properly instructed on the meaning, scope, and effect of "planned and deliberate". Moreover, I cannot emphasize enough that the right of an accused to a properly instructed jury does not equate with the right to a perfectly instructed jury. An accused is entitled to a jury that understands how the evidence relates to the legal issues. This demands a functional approach to the instructions that



were given, not an idealized approach to those instructions that might have been given. Using such a functional approach, I find added support for the conclusion that the jurors were properly instructed in this case. [para. 32]

[16] A useful guide for appellate review based on the principles enunciated in *Jacquard* is set out in *O'Brien v. R.*, 2003 NBCA 28, 257 N.B.R. (2d) 243, at paras. 25-26 (per Drapeau C.J.N.B.) and applied in *Cormier v. R.*, 2012 NBCA 76, 393 N.B.R. (2d) 118, at paras. 19-23 (per Bell J.A.), leave to appeal refused [2012] S.C.C.A. No. 562 (QL). Those principles have been summarized correctly by the respondent as follows: (i) a jury charge must be considered in totality, as well as contextually; (ii) appellate review is driven by case-specific considerations of substance, not form; (iii) the reviewing court should apply a functional approach; (iv) a charge will be adequate if it features instructions that enable the jurors to understand the case before them and to fulfill their adjudicative mandate; and (v) flawlessness in a charge to the jury is neither expected nor required. These guidelines are meant to be applied when the adequacy of instructions as a whole is being examined, but they are also useful when one or more portions of a charge to the jury are being challenged as to adequacy.

[17] Applying those principles, I find the jurors were properly instructed despite the lack of instructions by the trial judge on the use and limitations of DNA evidence. My reasons, with respect to this ground of appeal in particular, are based on a review of the “context” that undoubtedly brought the trial judge to instruct the jury as he did on DNA evidence. Much of what is discussed as “context” is also of utmost importance with respect to the second ground of appeal, which alleges inadequacies in the jury charge on the issue of the lack of evidentiary foundation to support the opinions of the DNA experts.

(1) The context and the trial

[18] Before dealing with the merits of the first ground of appeal (inadequacies in the instructions on the use and limitations of DNA evidence), important points must be

made. First, it must be remembered that, in *Terceira*, the trial judge was dealing with what was considered at the time to be a “novel” science. The DNA evidence being proffered by the Crown faced a serious challenge by defence experts relating both to the process and protocol at the laboratory level and to reliability. To a large extent, the debate was about the methodology used to determine a match and to calculate the statistical likelihood of another person having the same DNA pattern as that of the suspect. In addition, much of the discussion on appeal in *Terceira* revolved around the “threshold test of reliability” to be applied by trial judges when confronted with novel scientific theory or technique.

[19] In this case, the qualifications of the DNA experts were never in issue and the admissibility of the DNA opinion evidence adduced was never contested. No one suggested, at trial or on appeal, that the opinions being expressed by the DNA experts dealt with a novel science. In fact, the reports of the two experts on DNA evidence were introduced as exhibits with the consent of experienced defence counsel. Of course, it became obvious during the trial that although the reports had been admitted by consent, the accused had reserved the right to challenge the reliability of the opinions being expressed therein. However, the reliability issue did not relate to the experts’ qualifications or to the “science” itself. The reliability issue related to the lack of an evidentiary foundation to support the opinions by reason of the Crown’s failure to call as witnesses the actual technicians who performed the DNA testing. More will be said on this last point later when the second ground of appeal is discussed. In other words, it is clear that the methodologies used to obtain a match, and the evidence about the statistical likelihood of another person having the same DNA pattern as that of the appellant or the victim, were not challenged either by way of cross-examination or by expert evidence adduced by the appellant.

[20] I am cognizant of the fact defence counsel emphasized, on cross-examination and in his address to the jury, that no one could give an opinion as to *when* the victim’s blood on the appellant’s pants and truck’s box liner and tailgate, or the appellant’s semen in the victim’s genital area and on her neck, had been deposited. He

argued that, considering the lengthy ongoing relationship between the appellant and the victim, the DNA evidence did not have any significance in terms of identifying the perpetrator of this crime. In other words, her blood and his semen could have been deposited quite some time before the victim was killed. That argument, of course, has nothing to do with the methodology used to obtain the DNA evidence.

[21] Numerous witnesses testified concerning various items, including swabs, taken from the appellant and the victim. The items were tested by members of the Identification Team for the possible presence of substances, such as blood, that could lead to further testing for DNA evidence. These items were handed over to an exhibit person and eventually made their way to the RCMP Forensics Laboratory Services to be examined. The tests performed by the analysts at the RCMP laboratory produced data that was turned over to the forensic DNA specialist of the RCMP laboratory, Joy Kearsey, in electronic form. Ms. Kearsey's opinions and conclusions were drawn from this raw electronic data. She did not see any of the exhibits used by the laboratory analysts nor did she supervise their work. The second DNA expert who testified at trial, Curtis Hildebrandt, an analyst and reporting officer at Warnex Pro-DNA Services, also did not see the exhibits used by the analysts nor did he supervise their work. The appellant takes no issue with the admissibility or continuity of the DNA samples handed over to the laboratory. The focus of his concerns relates to what may have taken place in the laboratory, and the Crown's choice not to call as witnesses the technicians involved in producing the data in order to provide an evidentiary foundation for the proffered expert opinions.

[22] Despite these concerns, and after cross-examination with respect to the experts' qualifications, defence counsel at trial (not counsel on appeal) consented to the admissibility of the two experts' curriculum vitae and reports as exhibits. The trial judge, with the consent of defence counsel, qualified both Joy Kearsey and Curtis Hildebrandt as forensic DNA specialists capable of giving the opinion evidence contained in their reports, and accepted the reports as exhibits for the jury's consideration.

[23] In general terms, the DNA evidence provided by the experts was used for two purposes. The first use was to provide evidence that the appellant's DNA "matched" the DNA in semen found in the victim's genital areas and on her neck, and that the DNA found in blood on Mr. Prosser's jeans and his truck's box liner and tailgate "matched" the victim's DNA. The second branch of the reports involved the application of population genetics where probability statistics are used to give some enhanced meaning to the "matches". In other words, the purpose is to show the statistical likelihood that another person would have the same DNA pattern as that of the appellant and the victim.

[24] As mentioned, neither Ms. Kearsey nor Mr. Hildebrandt had direct input into the raw electronic data provided or any supervisory role over the RCMP laboratory technicians. However, the respondent has, in its written submission, provided a useful summary of Ms. Kearsey's evidence on the important "reliability" issue raised by the appellant. Her testimony provides some background as to why she felt comfortable providing her opinions despite the fact that no technician from the RCMP laboratory involved in providing the data testified.

[25] I take the liberty of reproducing verbatim the Crown's summary, which I found to be accurate upon verification of Ms. Kearsey's testimony:

- (i) She first joined the RCMP lab in May of 1997 and was first employed as a technologist in the laboratory.
- (ii) The tests which produced the data from which she drew her conclusions were based upon the work of several other people working a collaborative approach at the RCMP Forensic Laboratory.
- (iii) The Laboratory works on standard operating procedures and policies for every step in the process which policies and procedures are available to her.
- (iv) If anything would happen that's outside of that standard policy, that information would be made available to her.

- (v) That there are both positive and negative controls so if anything was incorrect or if there's any concern with any controls, that information would also be made available to her.
- (vi) That there was no indication of any problem.
- (vii) There is a very detailed chain of custody report for each exhibit, each having been obtained from the exhibit or each DNA abstract and that all exhibits were returned to the Codiac RCMP with the exception of some exhibits which were forwarded to a private laboratory.

[26] As is now the practice adopted by some trial judges in this province, the proposed instructions to the jury were put in written form and provided to counsel for input before being delivered to the jury as a tool to assist them in their deliberations. In this case, counsel were provided with a rough draft of the proposed instructions long before the final draft.

[27] Defence counsel stated his position early on concerning the expert opinions of Ms. Kearsey and Mr. Hildebrandt on DNA evidence. Even at that stage, however, counsel's position was not that the jury must be instructed to give no weight whatsoever to the expert DNA evidence. His position was articulated as follows:

The factual underpinning of the DNA evidence has not been adduced in evidence and thus [the DNA opinion evidence] has no weight or minimal weight and the jury must be so instructed.

[Emphasis is mine.]

[28] The prosecutor's short reply, at that point, was that "the report got in by consent so the results are admissible" and that "the weight to be attributed to the DNA opinion evidence would be a matter for the jury to decide".

[29] Three days later, on December 3, counsel were provided with another draft purporting to contain the instructions the jury would eventually consider. A further

discussion took place before the final version was adopted by the trial judge. It should be noted here that the proposed instructions were scrutinized in their entirety and that, at one point, the trial judge inquired about the necessity of entering into a more detailed analysis of the DNA evidence. No one took issue with his decision to avoid a repetition of the DNA evidence which the jury had just heard over many hours. After all, both parties had outlined their respective views on how the DNA evidence should impact on the issue of identity and the appellant had clearly brought home to the jury his message about the limitations of the DNA evidence on identity, a view that was repeated when the trial judge outlined the defence's position for the jury.

[30] It is instructive at this point to set out some of the pre-charge discussions in connection with the grounds of appeal being raised as they shed some light on the position of defence counsel at trial and the argument of counsel on appeal:

**MR. FOWLER:** I have some comments with respect to page 15, I guess it goes into 16, My Lord.

**THE COURT:** Okay.

**MR. FOWLER:** Generally with respect to paragraphs three on page 15,...

**THE COURT:** Okay.

**MR. FOWLER:** ...four and five on page 16.

**THE COURT:** Sure.

**MR. FOWLER:** I don't think the jury fully appreciates the underpinning the facts in which Joy Kearsley and Curtis Hildebrandt provide their opinion have not been proven whatsoever. I was – the charge to me equivocates with respect to this. I think it must be pointed out to the jury that the Crown chose not to call the individuals who comply – compiled the DNA evidence so that the factual basis on which they base their opinion haven't been proven, and I would hope that words to that effect could be inserted perhaps at the end of...

**THE COURT:** Probably, the place where that would go if...

**MR. FOWLER:** If, if – I think it would probably be – go in paragraph three on page 15 at the end of the sentence “...compiled by others.” I suggest which the Crown did not call the factual basis--...basis for the expert opinion has not been proven by the Crown.

**THE COURT:** Okay. Do you have an opinion with respect to that?

**MS. ST-JACQUES:** The Crown had no obligation to prove what the technician does or not. This is – and I think you addressed that issue on paragraph two when you explained that they base their opinion on (Inaudible) recorded their findings,...” at just the end of your second paragraph.

**THE COURT:** Yeah, and I did find some authority in the authorities you gave me, Mr. Fowler, to the effect that, that if they follow what is common practice, which is what she testified to, that you, you point that out, and that’s why I used the words that, “...the weight of the opinion may recede...”

**MR. FOWLER:** I understand that, but I don’t believe that Joy Kearsey – Curtis Hildebrandt certainly didn’t testify to that.

**THE COURT:** No.

**MR. FOWLER:** And, Joy Kearsey, if she testified to that, it was by way of hearsay evidence. She cannot comment on other people’s testing procedures.

**THE COURT:** What she commented on, to my recollection which we can check, what she said is, “Our practice is as follows:” And she went through what their practice was, and then she went a step further and said if there was something that diverged from the practice, that would be noted in the report that she was to analyze and would deal with whatever that might be. That’s my recollection of the evidence.

**MR. FOWLER:** But the fact of the matter is without the calling of that particular evidence, we don't know about contamination. We don't know anything about that. And, I...

**THE COURT:** Yeah. No...

**MR. FOWLER:** I understand Your Lordship, what Your Lordship is saying, and I understand what the authorities say.

**THE COURT:** Yeah.

**MR. FOWLER:** With respect to para...

**THE COURT:** What, what wording would you like?

**MR. FOWLER:** Well...

**THE COURT:** Something like...

**MR. FOWLER:** So that – I think I've done – there's – as we go into page 16...

**THE COURT:** Yeah.

**MR. FOWLER:** “But when an opinion based on second-hand information is admitted, and the second-hand information is not established before the trier of fact,...” I think it must be pointed out, “as in this case” should be inserted.

**THE COURT:** Yeah, I could, I could live with that.

**MR. FOWLER:** Okay.

**MS. ST-JACQUES:** Yes.

**THE COURT:** So, that would be just starting on second-hand, and the second-hand information is, is not otherwise established before the trier of fact, as, as occurred in this case?

**MR. FOWLER:** Yes.

**MS. ST-JACQUES:** That's fine.



**THE COURT:** As occurred in this case. Then, the weight of the opinion may recede accordingly.

**MR. FOWLER:** Or be given no weight whatsoever. I know the Crown is not gonna(ph) agree with that, but if I had my choices, that's what I'd like to see.

**THE COURT:** Yeah.

**MR. FOWLER:** The next...

**THE COURT:** Are you gonna(ph) agree to that?

**MS. ST-JACQUES:** No.

**MR. FOWLER:** Surprise. I do not – I don't know if the next sentence is necessary, but if it is necessary, the word "must" has to be changed to "may".

**THE COURT:** Okay, let's see. Okay, I don't have a problem with that. Because we kind of agreed the other day that this would all go to weight in any event, so may rather than must...

**MR. SAVOIE:** It all makes sense with the context of the...

**THE COURT:** Yeah, okay.

**MR. FOWLER:** Those are my comments with respect to that portion.

**THE COURT:** Okay, so we'll make those changes. So, 16 with the changes [...]

[31] Most of the changes suggested by defence counsel are reflected in the trial judge's instructions to the jury as follows:

I want to give you some general instructions with respect to Expert witness:

Sometimes, knowledge of a technical subject may help jurors decide a case. Persons who are qualified in that subject, by education, training or experience may state their opinions about it. They may also give the reasons for their

opinions. In this matter there were 3 experts: Dr. Halman Protzner, the pathologist, Joy Kearsley and Curtis Hildebrandt both gave evidence on DNA.

The opinions of experts are just like the testimony of any other witnesses. Just because an expert has given an opinion does not require you to accept it. You may believe or rely upon the opinion as much or as little as you see fit. You should consider the education, training and experience of the expert, the reasons given for the opinion, the suitability of the methods used and the rest of the evidence in the case when you decide how much or little to rely on the opinion. It is up to you to decide. With respect to Ms. Kearsley and Mr. Hildebrandt's evidence. It must be mentioned that they relied on evidence developed and analyzed by others. As Ms. Kearsley stated, others did the actual analysis, recorded their findings, which digital record was subsequently interpreted and analyzed by Ms. Kearsley.

Experts usually form their opinions by applying their training, education and experience to a number of facts that the expert assumes or relies on as the basis for his or her analysis. In this case, the DNA evidence was compiled by others. It is well established that, as a general rule, an expert may base his or her opinion on second-hand information. But when an opinion based on second-hand information is admitted, and the second-hand information is not otherwise established before the trier of fact, as occurred in this case, the weight of the opinion may recede accordingly. However, where the expert arrives at his or her opinion on the basis of forms of enquiry and practice that are accepted means of decision making within that expertise, weight may be given to their evidence.

What an expert assumes or relies on as a fact for the purpose of offering his or her opinion may be the same as what you find as facts from the evidence introduced in this case. Or it may be different.

To the extent that the facts you find are different from the facts assumed or relied upon by the expert in reaching his or her conclusion, you may consider the expert's opinion less helpful to you in deciding this case. How much or little you believe of or rely upon and expert's opinion is entirely up to you.

[32] The instructions chosen by the trial judge closely mirror those suggested in The Honourable Justice David Watt's *Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)* (Toronto: Thomson Carswell, 2005) at 112-113. They do not contain words the appellant considered necessary to avoid an error of law (see paragraph 13 herein). The appellant argues the instructions required a discussion on the use and limitations of DNA evidence, an admonishment against becoming overwhelmed by the aura of scientific infallibility and a clear statement that DNA was just one piece of circumstantial evidence of the Crown's case to prove identity of the perpetrator and that it was not, in itself, an indicator of guilt. The necessary instruction, as advocated by the appellant, is the one suggested in Gerry A. Ferguson, The Honourable Mr. Justice Michael R. Dambrot, and The Honourable Madam Justice Elizabeth A. Bennett, *Canadian Criminal Jury Instructions*, 4th ed. (Vancouver, B.C.: CLE BC, 2005) (loose-leaf updated 2014), ch. 4.59, entitled DNA Identification, where instructions regarding the nature of DNA Genetic Profile (para. 4.59.2), the Accuracy of DNA Genetic Profile (para. 4.59.3) and Use of DNA evidence (para. 4.59.4) are set out. The appellant maintains these instructions are necessary to avoid the danger inherent in DNA evidence, and a failure to give such an instruction amounts to a non-direction of such magnitude as to warrant a new trial.

[33] In my view, the *context* in which the trial judge prepared his instructions is determinative of this first ground of appeal and, at the risk of failing to mention other important contextual facts, I would summarize it as follows:

- (i) The appellant did not challenge the admissibility of the DNA evidence. He did not object to the capacity of the experts to give opinion evidence as to all matters covered in their reports, subject to his argument on reliability anchored to the lack of an evidentiary foundation.
- (ii) By consenting to the admissibility of the DNA evidence, it is a reasonable inference the appellant is conceding the opinion evidence is relevant to a material issue, the witness is qualified to give opinion evidence relating to the subject matter of opinion evidence sought to be admitted and finally,

the proposed opinion does not run afoul of any exclusionary rule. Of course, consent to the admissibility of opinion evidence does not relieve the trial judge of his function as “gatekeeper”. Thus, the primary responsibility to ensure that the pre-conditions to admissibility exist rests with the trial judge (see *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, [2009] O.J. No. 3534 (QL), at paras. 79-80, leave to appeal refused [2010] S.C.C.A. No. 125 (QL)).

- (iii) However, the consent to admissibility has an impact on the issue being discussed. Recall the appellant is arguing that the necessity to instruct the jury as he suggests emanates from the danger inherent in DNA evidence on the issue of identity. However, the accuracy of the DNA evidence was not challenged except by the appellant’s speculation that contamination was a possibility as the laboratory technicians did not testify. Finally, the DNA evidence was not challenged or opposed by other experts and was admitted without opposition. In that context, it is somewhat difficult to conclude that the trial judge’s warning was not sufficient. After all, although he did not use words like “overwhelming”, he did make it clear that it was entirely up to the jury to decide who to believe and what to accept as evidence, despite the impressive credentials of the DNA experts. He ended his instructions on DNA evidence with the following words:

How much or little you believe of or rely upon an expert’s opinion is entirely up to you.

This is as close as one can get to warning the jury not to be “overwhelmed” by the opinion of the DNA experts without using the word itself. In my view, there is merit in the respondent’s argument that “the warning alerted the jury sufficiently to the danger in circumstances where there was no real danger”.

- (iv) Defence counsel's perceived "danger" of the DNA evidence (reflected in his address to the jury, and in the formulation of the defence position produced for the trial judge, which found its way into the latter's instructions) is important. The "danger" perceived by defence counsel had nothing to do with the qualifications of the experts or the DNA science or the possibility of contamination. The "danger" lay in the fact that no one knew *when* the DNA was "deposited" on the victim's body and on the appellant's pants and truck liner and tailgate. What follows is how defence counsel explained it to the jury:

It is no surprise that her DNA would have been found anywhere with anything that Fred [the appellant] or they utilized. DNA is usually used in situations where people don't have relationships. If my DNA was found in something belonging to Sabrina Patterson [the victim], that would be one thing, but if someone has a relationship with her and DNA is found, that's quite different. Remember we don't know how long it was there. We don't know when it was deposited.

- (v) Both parties had considerable input in the formulation of the trial judge's instructions. They accompanied him in a paragraph-by-paragraph scrutiny. They were asked their views as to whether more should be said on DNA evidence apart from what the judge proposed. Except with respect to the issue of reliability, which was raised as a result of the absence of the laboratory technicians as witnesses, the appellant did not ask that the instructions contain what is now advocated on appeal. More specifically, there was no mention by anyone that the trial judge should discuss the process involved in DNA typing and profiling. Of course, the ultimate responsibility to deliver proper instructions rests with the trial judge. On the other hand, what defence counsel has to say in the course of a pre-charge conference may be of the utmost importance. As the Supreme Court put it in *R. v. Royz*, 2008 SCC 13, [2009] 1 S.C.R. 423: "[t]rial counsel are well situated to assess whether the judge has given the jury an adequate review of the evidence for the purpose of the defence theory

being pursued” (para. 3). There was no reason in this case to second-guess the position adopted by experienced defence counsel. He may well have been harboring the fear that a request for more comments on DNA evidence in the judge’s instructions might work against the appellant. He may also have been of the view the best strategy in this case was not to challenge the experts and the science, but to attack the results of the DNA tests by focusing on the reliability issue grounded on the lack of an evidentiary foundation and the experts’ incapacity to put a time frame on when the DNA evidence was “deposited”.

- (vi) In view of the position on appeal as opposed to the position adopted by counsel at trial, I find it instructive to reproduce some of the comments of Doherty J.A. in *R. v. Polimac*, 2010 ONCA 346, [2010] O.J. No. 1983 (QL), at paragraphs 96-97, leave to appeal refused [2010] S.C.C.A. No. 263 (QL):

[...] Counsel’s duty to assist the court in fulfilling its obligation to properly instruct the jury, referred to by Fish J. in *R. v. Khela*, [2009] 1 S.C.R. 104 at para. 49, takes on added significance where counsel has been given a full copy of the proposed instructions and an ample opportunity to vet them, and has engaged in a detailed pre-trial dialogue with the trial judge. In those circumstances, counsel’s position at trial becomes very important when evaluating complaints, raised for the first time on appeal, that matters crucial to the defence were not properly addressed by the trial judge in her instructions.

Counsel’s position at trial is of course not determinative when misdirection or non-direction is raised as a ground of appeal. A legal error remains a legal error even if counsel does not object or even supports the erroneous instruction: see *R. v. Wright* (2009), 98 O.R. (3d) 665 (C.A.) at para. 27; *R. v. Van*, [2009] 1 S.C.R. 716 at para. 43. Jury instructions, particularly about the manner in which juries may consider parts of the evidence, are not, however, designed to formulate legal principles for the jury or offer abstract verbalizations of those principles. Jury instructions about the evidence must ensure the following: first, that the

jury understands how the evidence can and cannot be used in the context of the particular case; and second, that the jury understands the positions taken by the defence and Crown with respect to that evidence. Counsel's considered position after examining the proposed instruction sheds valuable light on whether that proposed instruction met those two goals. This instruction did. [paras. 96-97]

[34] For all these reasons, my view is that the first ground of appeal has no merit.

C. *The ground of appeal related to the lack of evidentiary foundation and the trial judge's instructions to the jury (ground b)*

[35] The essence of the appellant's position on appeal is that because the DNA experts relied on data provided to them by technicians in the RCMP laboratory, over which they had no supervision and who were not called as witnesses, the trial judge had an *obligation* to warn the jury that such data was not proof of the underlying facts and that no weight could accordingly be given to the opinions. The appellant relies on *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24. I have already indicated this is not exactly the position adopted by defence counsel at trial (see para. 27). Trial counsel took the position that the trial judge had an obligation to instruct the jury as follows: in view of the lack of evidence from the laboratory technicians, the jurors had to give "no weight" or "minimal" weight to the evidence.

[36] The respondent offers an excellent summary, which I endorse, of the evolution that has taken place with respect to the admissibility of expert evidence. Almost 50 years ago, the Supreme Court established an expert's opinion is admissible even if founded on hearsay evidence with the ultimate question being one of weight: *Saint John (City) v. Irving Oil Co.*, [1966] S.C.R. 581. The issue of the admissibility of expert opinion based on unproven hearsay evidence resurfaced in *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, where the opinion of a psychiatrist regarding the accused's sanity was based upon bizarre and unstable conduct and hallucinations related to him by the accused who did not

testify. It is in that context that Dickson J. for the Supreme Court stated “[b]efore any weight can be given to an expert’s opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist” (page 46).

[37] *R. v. Abbey* was the subject of much attention some eight years later in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, [1990] S.C.J. No. 36 (QL). Wilson J., for the Court, reiterated the principles to be derived from *Abbey*, namely: (a) expert opinion is admissible, if relevant, even if based on second-hand evidence; (b) hearsay evidence is admissible, not as evidence going to prove the existence of the facts, but to indicate the basis for the opinion evidence; (c) where the opinion is based on hearsay evidence, the problem is the weight to be attributed to the opinion; and (d) before *any* weight can be given to an expert’s opinion the facts upon which the opinion is based must be found to exist (see paragraph 66). In paragraph 74, however, Justice Wilson laid to rest some of the misconceptions held by many about *Abbey*:

If the majority of the Court of Appeal is suggesting that each of these specific facts must be proven in evidence before any weight could be given to Dr. Shane’s opinion about the accused’s mental state, I must respectfully disagree. *Abbey* does not, in my view, provide any authority for that proposition. The Court’s conclusion in that case was that the trial judge erred in treating as proven the facts upon which the psychiatrist relied in formulating his opinion. The solution was an appropriate charge to the jury, not an effective withdrawal of the evidence. In my view, as long as there is some admissible evidence to establish the foundation for the expert’s opinion, the trial judge cannot subsequently instruct the jury to completely ignore the testimony. The judge must, of course, warn the jury that the more the expert relies on facts not proved in evidence the less weight the jury may attribute to the opinion. [para. 74]

[38] The concurring reasons of Sopinka J. in *Lavallee* are of considerable importance in addressing this ground of appeal. They deal with some of the problems created by *Abbey*, while providing insight to what I consider is a balanced approach,



which is the one applied by the trial judge in his instruction regarding the failure to call the technicians as witnesses:

*Abbey* has been roundly criticized: see, e.g., Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1 (3rd ed. 1988), at pp. 473-76; and Delisle, *Evidence: Principles and Problems* (2nd ed. 1989), at pp. 477-79. The essence of the criticism is that *Abbey* sets out more restrictive conditions for the use of expert evidence than did previous decisions of this Court (i.e., *City of St. John v. Irving Oil Co.*, [1966] S.C.R. 581; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; and *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263). Upon reflection, it seems to me that the very special facts in *Abbey*, and the decision required on those facts, have contributed to the development of a principle concerning the admissibility and weight of expert opinion evidence that is self-contradictory. The contradiction is apparent in the four principles set out by Wilson J. in the present case, at pp. 893, which I reproduce here for the sake of convenience:

1. An expert opinion is admissible if relevant, even if it is based on second-hand evidence.
2. This second-hand evidence (hearsay) is admissible to show the information on which the expert opinion is based, not as evidence going to the existence of the facts on which the opinion is based.
3. Where the psychiatric evidence is comprised of hearsay evidence, the problem is the weight to be attributed to the opinion.
4. Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist.

The combined effect of numbers 1, 3 and 4 is that an expert opinion relevant in the abstract to a material issue in a trial but based entirely on unproven hearsay (e.g., from the mouth of the accused, as in *Abbey*) is admissible but entitled to no weight whatsoever. The question that arises is how any evidence can be admissible and yet entitled to no weight. As one commentator has pointed out, an expert opinion based entirely on unproven hearsay must, if anything, be inadmissible by reason of irrelevance, since

the facts underlying the expert opinion are the only connection between the opinion and the case: see Wardle, “*R. v. Abbey and Psychiatric Opinion Evidence: Requiring the Accused to Testify*” (1984), 17 Ottawa L. Rev. 116, at pp. 122-23.

The resolution of the contradiction inherent in *Abbey*, and the answer to the criticism *Abbey* has drawn, is to be found in the practical distinction between evidence that an expert obtains and acts upon within the scope of his or her expertise (as in *City of St. John*), and evidence that an expert obtains from a party to litigation touching a matter directly in issue (as in *Abbey*).

In the former instance, an expert arrives at an opinion on the basis of forms of enquiry and practice that are accepted means of decision within that expertise. A physician, for example, daily determines questions of immense importance on the basis of the observations of colleagues, often in the form of second- or third-hand hearsay. For a court to accord no weight to, or to exclude, this sort of professional judgment, arrived at in accordance with sound medical practices, would be to ignore the strong circumstantial guarantees of trustworthiness that surround it, and would be, in my view, contrary to the approach this Court has taken to the analysis of hearsay evidence in general, exemplified in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608. In *R. v. Jordan* (1984), 39 C.R. (3d) 50 (B.C.C.A.), a case concerning an expert’s evaluation of the chemical composition of an alleged heroin specimen, Anderson J.A. held, and I respectfully agree, that *Abbey* does not apply in such circumstances. (See also *R. v. Zundel* (1987), 56 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.), at p. 52, where the court recognized an expert opinion based upon evidence “... of a general nature which is widely used and acknowledged as reliable by experts in that field.”)

Where, however, the information upon which an expert forms his or her opinion comes from the mouth of a party to the litigation, or from any other source that is inherently suspect, a court ought to require independent proof of that information. The lack of such proof will, consistent with *Abbey*, have a direct effect on the weight to be given to the opinion, perhaps to the vanishing point. But it must be recognized that it will only be very rarely that an expert’s opinion is entirely based upon such information, with no

independent proof of any of it. Where an expert's opinion is based in part upon suspect information and in part upon either admitted facts or facts sought to be proved, the matter is purely one of weight. In this respect, I agree with the statement of Wilson J. at p. 896, as applied to circumstances such as those in the present case:

... as long as there is some admissible evidence to establish the foundation for the expert's opinion, the trial judge cannot subsequently instruct the jury to completely ignore the testimony. The judge must, of course, warn the jury that the more the expert relies on facts not proved in evidence the less weight the jury may attribute to the opinion. [paras. 80-84]

[39] In this case, the RCMP laboratory technicians provided the data upon which the opinions were based. They did not testify. Ms. Kearsy acknowledged her opinions (the same considerations apply to Mr. Hildebrandt) were based upon the data provided by those technicians. As mentioned in paragraphs 24 and 25, she explained why she could rely upon the data provided even in the absence of the testimony of those who provided it and the lack of personal supervision of their work. It is worth summarizing what she said. She had personal knowledge of the processes and protocol imposed upon the technicians in the collection and analysis of the samples, having been a technician herself at that laboratory. She testified about the processes and protocol, and the fact that the technicians would report any anomalies encountered and that none had been reported. There is no question that her evidence provided some "circumstantial guarantee of trustworthiness" of the data provided.

[40] It is convenient to repeat what the trial judge said in his charge to the jury:

It is well established that, as a general rule, an expert may base his or her opinion on second-hand information. But when an opinion based on second-hand information is admitted, and the second-hand information is not otherwise established before the trier of fact, as occurred in this case, the weight of the opinion may recede accordingly. However, where the expert arrives at his or her opinion on the basis of forms of enquiry and practice that are accepted

means of decision-making within that expertise, weight may be given to their evidence.

[41] The trial judge's instruction was fashioned to some extent to give effect to the concerns expressed by defence counsel. The words "as occurred in this case" were added to make it clear the jury was dealing with a case where the opinions were based, at least to some extent, on hearsay evidence. In effect, the trial judge told them that under such circumstances, the weight of the opinions could "recede accordingly". That was a clear indication the jury could attribute no weight whatsoever to the DNA opinion evidence. One could argue the appellant may have gotten more than he asked for.

[42] Whether or not the evidence provided by Ms. Kearsey was sufficient to establish that she had arrived at her opinion on the basis of forms of enquiry and practice that are accepted means of decision-making within her expertise is debatable. Some might argue that her evidence should be looked upon as an expression of confidence in the RCMP forensic science laboratory as a substitute for reliability. On the other hand, defence counsel did not object to that part of the instruction. In fact, he suggested the word "must" should be replaced with the word "may", which the trial judge accepted. There is no question there was some admissible evidence to establish the foundation for the expert's opinion and the trial judge could not instruct the jury to completely ignore the testimony as suggested by the appellant. The approach taken by the trial judge was balanced and fair under the circumstances.

[43] For those reasons, I am of the view the second ground of appeal has no merit.

[44]

I would dismiss the appeal against conviction.

LE JUGE DESCHÊNES

I. Introduction

[1] L'appelant a été déclaré coupable, le 4 décembre 2012, de meurtre au premier degré (par. 235(1) du *Code criminel*), d'agression sexuelle avec infliction de lésions corporelles (al. 272(1)c)) et d'agression sexuelle (al. 271a)) par un tribunal composé d'un juge et d'un jury.

[2] Les deux parties reconnaissent que la preuve génétique soumise par le ministère public sur la question de l'identité était importante. Elle était réputée « associer » l'appelant à la mort violente de la victime, sa copine depuis de nombreuses années et la mère de ses deux enfants. La victime, Sabrina Patterson, est morte par strangulation; son corps a été partiellement recouvert d'un sac de poubelle et abandonné le long d'une route rurale secondaire dans une région boisée, à quelques kilomètres du domicile de l'appelant.

[3] La preuve génétique a permis d'établir, de façon très certaine, que le sang découvert sur le pantalon de l'appelant ainsi que sur la doublure de caisse et sur le hayon de son camion était celui de la victime. Par ailleurs, la preuve génétique a permis d'établir que le sperme trouvé dans la région vaginale et rectale de la victime ainsi qu'autour de son cou était celui de l'appelant. Il n'est pas nécessaire de fournir un exposé détaillé des autres éléments de preuve circonstancielle. Généralement parlant, cette preuve révèle une relation difficile entre la victime et l'appelant, ainsi que des déclarations fort incriminantes faites avant l'incident où il aurait menacé d'infliger à la victime le genre de blessures qui, éventuellement, ont été la cause de son décès. Le ministère public a aussi invoqué la conduite adoptée après l'incident et des déclarations incompatibles.

[4] Les principales questions dont nous sommes saisis ont trait aux directives fournies au jury par le juge du procès concernant la preuve génétique et au fait que la transcription de la preuve contient souvent la mention « inaudible », indiquant ainsi qu'il y manque de nombreuses parties. Les moyens d'appel sont les suivants :

- a) L'éminent juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de fournir au jury des directives quant à la preuve génétique médico-légale qui sont conformes à l'arrêt *R. c. Terceira*, [1999] 3 R.C.S. 866.
- b) Compte tenu des arrêts *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, et *R. c. Terceira*, [1999] 3 R.C.S. 866, l'éminent juge du procès a commis une erreur de droit en fournissant au jury des directives insuffisantes précisant que la preuve sous forme d'opinion d'expert en génétique n'avait peu ou pas de force probante, puisque les faits constituant le fondement de cette opinion n'avaient pas du tout été établis.
- c) L'impossibilité de préparer, en l'espèce, une transcription juste et complète de la procédure en première instance a donné lieu à une « erreur judiciaire », comme il est établi dans l'arrêt *R. c. Hayes*, [1989] 1 R.C.S. 44.

## II. Analyse

[5] Il faut mentionner ici que les moyens d'appel a) et b) font état de présumées erreurs de droit de deux types différents : la première (moyen d'appel a)) a trait à l'absence de directives ou au défaut de fournir des directives appropriées concernant l'utilisation ou les limites de la preuve génétique, et la deuxième (moyen d'appel b)) a trait au défaut de fournir des directives appropriées au sujet de la force probante devant être accordée à la preuve génétique en l'absence d'un fondement probatoire.

A. *Moyen d'appel ayant trait aux mentions « inaudible » (moyen d'appel c)*

[6] Il convient d'entamer l'analyse avec le troisième moyen d'appel, car si l'appelant obtient gain de cause sur ce moyen, l'analyse des autres moyens sera alors inutile. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. Hayes*, [1989] 1 R.C.S. 44, [1989] A.C.S. n° 1 (QL), l'appelant prétend que l'absence d'une transcription exacte et complète des délibérations s'est soldée en une erreur judiciaire.

[7] L'intimée admet que la mention « inaudible » apparaît 611 fois dans toute la transcription, qui contient plus de 165 000 mots. Le mot « inaudible », employé seul, est dispersé un peu partout dans la transcription et représente moins de 0,5 % de la transcription tout entière. Aucun de ces chiffres n'est contesté par l'appelant. Quoi qu'il en soit, la fréquence de l'emploi du mot « inaudible » n'est pas déterminante pour trancher ce moyen d'appel. Ce qui importe est la question de savoir si la transcription est dans un état tel qu'elle [TRADUCTION] « empêche l'appelant d'interjeter un appel efficace » (*R. c. Paul*, 2009 ONCA 443, [2009] O.J. No. 2184 (QL), au par. 41, autorisation de pourvoi refusée, [2009] C.S.C.R. n° 450 (QL). Voir aussi *Roy et Léger c. Assomption compagnie mutuelle d'assurance-vie*, 2003 NBCA 21, 258 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 310, au par. 9, et *Dykeman c. Dykeman*, 2007 NBCA 40, 314 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 80, au par. 8). Ainsi que l'affirme l'intimée dans son mémoire, l'arrêt *R. c. Le (T.D.)*, 2011 MBCA 83, [2011] M.J. No. 319 (QL), au par. 278, autorisation de pourvoi refusée, [2011] C.S.C.R. n° 526 (QL), fournit un résumé utile des facteurs importants dont il faut tenir compte pour déterminer si une lacune de transcription a entraîné une erreur judiciaire :

[TRADUCTION]

Pour résumer, afin de déterminer si une lacune de transcription entraîne une erreur judiciaire, la cour doit examiner l'incidence de cette lacune en fonction de toute atteinte possible à la capacité de l'appelant d'interjeter appel. La cour peut, par exemple, examiner les notes prises par le juge du procès, voir quelle partie avait fourni la preuve manquante, déterminer l'étendue de la preuve manquante, voir quelles étaient les questions pertinentes au procès, revoir les plaidoiries de clôture des avocats ainsi



que les directives finales du juge, et enfin, vérifier si des éléments de preuve donnent à croire que certaines choses importantes ont été dites pendant ces lacunes que présente la transcription. [par. 278]

[8] Dans l'affaire qui nous occupe, les moyens d'appel portent sur des erreurs qui auraient été commises dans les directives fournies au jury par le juge du procès. La transcription de ces directives ne contient aucune mention « inaudible » et ne présente aucune lacune.

[9] L'appelant souligne également que le terme « inaudible » est employé plus de cent fois dans la transcription du témoignage d'un des principaux témoins du ministère public, M<sup>me</sup> Joy Kearsey, biologiste légiste au laboratoire judiciaire de la GRC, à Halifax. Les parties manquantes de la transcription [TRADUCTION] « poseraient problème », semble-t-il, puisqu'elles [TRADUCTION] « constituent le nœud des moyens d'appel soulevés par l'appelant ». Avec égards, cet argument est sans fondement pour au moins deux raisons : premièrement, le rapport de M<sup>me</sup> Kearsey a été admis en preuve du consentement des parties et son témoignage ne venait qu'expliquer, dans des termes plus généraux, la substance de son rapport, et deuxièmement, les deux autres moyens d'appel n'ont rien à voir avec le contenu des rapports des experts en génétique. Au contraire, comme l'a fait remarquer l'intimée, les moyens d'appel contestent le *caractère suffisant* des directives fournies au jury par le juge du procès.

[10] À mon sens, ce moyen d'appel est sans fondement : l'appelant n'a pas réussi à démontrer qu'il existe une réelle possibilité que les lacunes de la transcription l'ont privé de faire valoir un moyen d'appel, le principe même de l'arrêt *Hayes* sur lequel il se fonde (voir le paragraphe 10 de *Hayes*).

B. *Moyen d'appel alléguant une absence de directives concernant la preuve génétique médico-légale (moyen d'appel a)*

[11] Dans son premier moyen d'appel, l'appelant prétend que le juge du procès a omis de fournir au jury des directives appropriées sur les limites de la preuve génétique et sur l'utilisation qu'on peut en faire, ainsi que le recommande l'arrêt *R. c. Terceira*, [1999] 3 R.C.S. 866, [1999] A.C.S. n° 74 (QL), confirmant [1998] O.J. No. 428 (C.A.) (QL).

[12] Dans l'arrêt *Terceira*, la Cour suprême du Canada a essentiellement adopté les propos du juge d'appel Finlayson et la solution modérée privilégiée par le juge Campbell dans ses directives au jury concernant la preuve génétique. Les observations pertinentes du juge d'appel Finlayson sont énoncées au par. 65 :

[TRADUCTION]

La preuve terminée, le juge du procès devrait, dans le cadre de ses directives, informer de façon normale le jury des limites de la preuve d'expert et de l'utilisation qu'on peut en faire. Qui plus est, s'agissant de la preuve génétique, il ou elle aurait intérêt à informer le jury de ne pas se laisser dépasser par l'aura d'infaillibilité scientifique associée à la preuve scientifique. Le juge du procès devrait dire au jury d'avoir recours à son bon sens dans son évaluation de l'ensemble de la preuve sur la question de l'ADN afin de déterminer si cette preuve est fiable et valide en tant qu'élément de preuve circonstancielle. [par. 65]

Le juge d'appel Finlayson a également cité des parties des directives fournies au jury par le juge Campbell :

[TRADUCTION]

En l'espèce, les analyses génétiques ont été effectuées peu après que le Centre des sciences judiciaires eut commencé à offrir ces services. Et certains éléments de preuve soulèvent des questions quant à la façon de faire les analyses génétiques, d'autres mettent en doute les résultats. Voilà entre autres pourquoi vous devez examiner, vous-

mêmes, très soigneusement la preuve génétique, voire l'ensemble de la preuve qui vous a été présentée par le ministère public et la défense, afin de déterminer si vous la jugez fiable en tant qu'élément de preuve circonstancielle. Évidemment, vous avez suivi de près la présentation de la preuve, vous avez consacré beaucoup de temps en cour à regarder les autoradiogrammes, les divers aspects des composantes du matériel génétique, leur taille et les interprétations qui y sont relatives. Vous avez pu constater les interprétations qu'en donnent les deux parties. Je n'ai pas l'intention de répéter tout cela. De toute façon, vous en avez une partie, ou du moins de petites parties, dans certains documents qui vous ont été fournis. Vous avez suivi de très près la présentation de la preuve. J'ai espoir que vous aurez recours à votre bon sens et que vous ne vous laisserez pas dépasser par toute aura de fondement scientifique fourni par quelque témoin expert en analyse génétique que ce soit. En réalité, l'évaluation de la preuve se résume en une évaluation basée sur le bon sens – votre évaluation en effet – de la preuve et des diverses opinions que vous avez entendues.

[...]

J'examine la preuve génétique en tant que preuve circonstancielle. Il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'une forme seulement de preuve circonstancielle. La norme de la preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique pas aux éléments individuels de preuve circonstancielle sur lesquels s'appuie le ministère public. Je le répète. Je vais le répéter au moins une fois encore : ne vous laissez pas trop éblouir ou séduire indûment par certains des chiffres élevés utilisés dans la preuve génétique. N'oubliez pas non plus que la charge de la preuve incombe toujours au ministère public. Ce fardeau ne se déplace jamais et la défense n'a jamais l'obligation de prouver quoi que ce soit. [par. 57 et 62]

- [13] Au fond, l'appelant soutient que la preuve génétique, surtout l'effet préjudiciable possible de la preuve relative aux données sur les probabilités, nécessite que des directives soient fournies sur son utilisation et ses limites. Invoquant surtout l'arrêt *Terceira*, l'appelant fait valoir que le jury aurait dû obtenir les directives énoncées ci-après, et que le défaut de procéder de la façon décrite équivaut à une absence de

directives et constitue une erreur de droit suffisamment importante pour justifier la tenue d'un nouveau procès. Voici les directives que, selon lui, le jury aurait dû avoir :

- a. Le jury devrait recevoir des directives générales sur l'utilisation et les limites de la preuve génétique.
- b. Il faudrait avertir le jury de ne pas se laisser dépasser par l'aura d'infaillibilité scientifique associée à cette catégorie de preuve, qui n'est que le produit d'analyses et de théories mathématiques et scientifiques et non celui de faits concrets.
- c. Il faudrait dire au jury d'avoir recours au bon sens dans son évaluation de l'ensemble de la preuve sur la question de l'ADN.
- d. La preuve génétique n'est qu'un élément de la preuve circonstancielle présentée par le ministère public afin d'établir l'identité; elle n'est pas, en soi, un indice de culpabilité.

[14] De prime abord, la thèse de l'appelant sur le caractère insuffisant des directives concernant la preuve génétique est intéressante. On peut comprendre que certains puissent préférer des directives plus étoffées sur la preuve génétique, ne serait-ce que pour aérer et simplifier la preuve des experts en analyse génétique. Ainsi que le propose l'arrêt *Terceira*, il serait peut-être préférable d'utiliser un langage plus ferme pour s'assurer que le jury a une bonne compréhension de l'utilisation et des limites de la preuve sur les « correspondances » et la génétique des populations.

[15] Cela dit, un aperçu de certains des principes pertinents pour l'évaluation des directives fournies à un jury, ou d'une partie de ces directives, afin d'en déterminer le caractère suffisant révèle qu'il faut se fonder sur davantage qu'une première impression. Il faudrait peut-être se référer d'abord à l'arrêt *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, [1997] A.C.S. n° 21 (QL) :

Après avoir lu et relu l'exposé du juge, je ne doute nullement que le jury a reçu des directives appropriées sur le sens, la portée et l'effet de l'expression « avec préméditation et de propos délibéré ». De plus, je ne saurais trop insister sur le fait que le droit d'un accusé à un jury ayant reçu des directives appropriées n'équivaut pas au

droit à un jury ayant reçu des directives parfaites. L'accusé a droit à un jury qui comprenne le lien qui existe entre la preuve et les questions juridiques soulevées. Cela requiert une analyse fonctionnelle des directives qui ont été données, et non pas une analyse idéalisée des directives qui auraient pu être données. Je considère que cette analyse fonctionnelle vient étayer davantage la conclusion que les jurés ont reçu des directives appropriées en l'espèce. [...] [par. 32]

[16] L'arrêt *O'Brien c. R.*, 2003 NBCA 28, 257 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 243, aux par. 25 et 26 (le juge Drapeau, J.C.N.-B.), constitue un guide utile relatif à la révision en appel fondée sur les principes énoncés dans l'arrêt *Jacquard*. Le juge d'appel Bell a repris le guide énoncé dans *O'Brien* dans la décision *Cormier c. R.*, 2012 NBCA 76, 393 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 118, aux par. 19 à 23, autorisation de pourvoi refusée, [2012] C.S.C.R. n° 562 (QL). L'intimée a bien résumé ces principes, qui sont les suivants : (i) il faut examiner l'exposé au jury dans sa totalité ainsi que dans son contexte; (ii) la révision par une cour d'appel repose sur des considérations propres à l'instance qui ressortissent au fond et non pas à la forme; (iii) la cour qui effectue le contrôle devrait adopter une démarche fonctionnelle; (iv) un exposé sera considéré comme suffisant s'il contenait des directives qui permettraient au jury de comprendre la preuve produite devant lui et de s'acquitter de son mandat décisionnel; et (v) la perfection n'est ni attendue ni exigée. Bien entendu, ces lignes directrices s'appliquent lorsqu'on examine le caractère suffisant de l'exposé au jury dans sa totalité, toutefois, elles sont utiles aussi lorsque c'est le caractère suffisant d'une partie ou de plusieurs parties de l'exposé qui est contesté.

[17] En me fondant sur ces principes, je conclus que les jurés ont reçu des directives appropriées, malgré l'absence de directives de la part du juge du procès sur l'utilisation et les limites de la preuve génétique. S'agissant de ce moyen d'appel en particulier, mes motifs sont fondés sur un examen du « contexte » qui a certes amené le juge du procès à fournir au jury les directives qu'il lui a données sur la preuve génétique. Un bon nombre des points soulevés concernant le « contexte » sont aussi de très grande importance pour le deuxième moyen d'appel selon lequel le juge du procès aurait donné

au jury des directives insuffisantes sur l'absence d'un fondement probatoire à l'appui des opinions des témoins experts en génétique.

(1) Le contexte et le procès

[18] Avant d'aborder le bien-fondé du premier moyen d'appel (caractère insuffisant des directives fournies sur l'utilisation et les limites de la preuve génétique), il y a lieu de mentionner certains points importants. Premièrement, il faut se rappeler que, dans l'affaire *Terceira*, le juge du procès se trouvait devant un domaine scientifique qui, à l'époque, était considéré comme une « nouveauté ». La preuve génétique soumise par le ministère public devait désamorcer une contestation non négligeable de la part des témoins experts de la défense, tant pour ce qui avait trait au procédé et au protocole suivis au laboratoire qu'en ce qui concernait sa fiabilité. En grande partie, le débat portait sur la méthodologie employée pour déterminer une correspondance ou pour calculer la probabilité statistique qu'une autre personne présente les mêmes caractéristiques génétiques que celles du suspect. De plus, en appel dans l'affaire *Terceira*, une bonne partie de la discussion portait sur la question du [TRADUCTION] « critère préliminaire de fiabilité » que devaient appliquer les juges de procès saisis d'une théorie ou méthode scientifique nouvelle.

[19] En l'espèce, les compétences des témoins experts en génétique n'ont jamais été mises en doute et l'admissibilité de leurs témoignages d'opinion n'a jamais été contestée. Personne n'a prétendu, ni au procès ni en appel, que l'opinion exprimée par les témoins experts en génétique portait sur une science nouvelle. En effet, les rapports des deux experts en génétique ont été soumis comme pièces à conviction avec le consentement d'avocats de la défense chevronnés. Cela dit, il est apparu clairement durant le procès que même si les rapports avaient été admis en preuve par consentement, l'accusé s'était réservé le droit de contester la fiabilité des opinions qui y étaient exprimées. Quoi qu'il en soit, la question de la fiabilité ne visait pas les compétences des experts ou la « science » en tant que telle. Elle visait plutôt l'absence de fondement probatoire à l'appui des opinions exprimées, du fait que le ministère public avait omis

d'appeler à témoigner les techniciens qui avaient véritablement effectué les analyses génétiques. Je reviendrai sur ce dernier point plus loin, lorsque je me pencherai sur le deuxième moyen d'appel. Autrement dit, il est évident que les méthodes employées afin d'obtenir une correspondance et la preuve concernant les probabilités statistiques qu'une autre personne présente les mêmes caractéristiques génétiques que celles de l'appelant ou de la victime n'ont pas été contestées, que ce soit au moyen de contre-interrogatoires ou de preuve d'experts appelés à témoigner par l'appelant.

[20] Je suis conscient du fait que l'avocat de la défense a insisté, en contre-interrogatoire et dans les observations qu'il a faites au jury, sur le fait que personne ne pouvait exprimer d'opinion sur le *moment* où avait été déposé le sang de la victime sur le pantalon de l'appelant et sur la doublure de caisse et le hayon du camion, ni par ailleurs le sperme de l'appelant dans la région génitale et sur le cou de la victime. Il a fait valoir que, compte tenu de la longue relation en cours entre l'appelant et la victime, la preuve génétique ne revêtait aucune importance permettant d'identifier l'auteur de ce crime. En d'autres termes, le sang de la victime et le sperme de l'appelant auraient pu être déposés à ces endroits bien avant que la victime ne soit tuée. Il va sans dire que cet argument n'a rien à voir avec la méthodologie utilisée dans le prélèvement de la preuve génétique.

[21] De nombreuses personnes ont témoigné au sujet de divers éléments, notamment au sujet des échantillons prélevés par écouvillonnage sur l'appelant et la victime. Des membres de l'équipe chargée d'établir l'identité ont analysé les objets afin de détecter la présence de toute substance organique comme du sang, laquelle donnerait lieu à des analyses plus poussées permettant d'obtenir une preuve génétique. Les objets ont été remis à la personne chargée des pièces à conviction, puis ont été transmis éventuellement au laboratoire judiciaire de la GRC pour être analysés. Les données résultant des analyses effectuées par les techniciens du laboratoire de la GRC ont été transmises sous forme électronique à une spécialiste en analyse génétique au laboratoire judiciaire de la GRC, Joy Kearsey. C'est à partir de ces données électroniques brutes que M<sup>me</sup> Kearsey s'est formé une opinion et a tiré ses conclusions. Elle n'a vu aucune des pièces à conviction utilisées par les analystes du laboratoire et elle n'a pas supervisé leur

travail. Le deuxième expert en analyse génétique qui a témoigné au procès, Curtis Hildebrandt, est analyste et agent chargé des rapports à Warnex Pro-DNA Services. Il n'a pas vu les pièces à conviction et n'a pas non plus supervisé le travail des analystes. L'appelant ne conteste nullement l'admissibilité ou la protection et le contrôle des échantillons d'ADN fournis au laboratoire. Il s'intéresse plutôt à ce qui a pu se produire au laboratoire même et à ce qui a pu motiver la décision du ministère public de ne pas appeler à témoigner les techniciens qui ont participé à la production des données, ce qui aurait constitué un fondement probatoire aux opinions d'experts qui ont été fournies.

[22] Malgré ces préoccupations, après son contre-interrogatoire sur les compétences des experts, l'avocat de la défense au procès (pas celui en appel) a consenti à ce que soient admis comme pièces à conviction les curriculums vitae et les rapports des deux experts. Avec le consentement de l'avocat de la défense, le juge du procès a déclaré Joy Kearsey et Curtis Hildebrandt tous deux spécialistes en analyse génétique habilités à fournir la preuve d'expert contenue dans leurs rapports, puis il a admis leurs rapports comme pièces à conviction devant être examinées par le jury.

[23] En termes généraux, la preuve génétique fournie par les experts servait deux objectifs. Premièrement, elle visait à établir que l'ADN de l'appelant « correspondait » à l'ADN du sperme découvert dans la région génitale et sur le cou de la victime, et que l'ADN du sang découvert sur le blue-jean de M. Prosser et sur la doublure de caisse et le hayon de son camion « correspondait » à l'ADN de la victime. Le second volet des rapports traite de l'application de la génétique des populations lorsque des données sur les probabilités sont employées pour rehausser en quelque sorte la valeur significative des « correspondances ». Autrement dit, l'objectif est de démontrer la probabilité statistique qu'une autre personne puisse avoir les mêmes caractéristiques génétiques que celles de l'appelant et de la victime.

[24] Ainsi qu'il a été mentionné, ni M<sup>me</sup> Kearsey ni M. Hildebrandt n'ont participé directement à la production des données électroniques brutes ou joué quelque



rôle de supervision que ce soit sur le travail des techniciens du laboratoire de la GRC. Toutefois, dans son mémoire, l'intimée a fourni un résumé utile de la preuve de M<sup>me</sup> Kearsey sur la question importante de la « fiabilité » soulevée par l'appelant. Son témoignage fournit un certain aperçu des raisons pour lesquelles elle se sentait à l'aise de donner ses opinions même si aucun des techniciens du laboratoire de la GRC qui avaient participé à la production des données n'avait été appelé à la barre.

[25] Je me permets de reproduire textuellement ce résumé du ministère public, qui est juste, selon mes conclusions après vérification du témoignage de M<sup>me</sup> Kearsey :

[TRADUCTION]

- (i) Elle est entrée en fonction au sein de la GRC en mai 1997 tout d'abord à titre de technologue travaillant dans le laboratoire.
- (ii) Les analyses ayant produit les données à la base de ses conclusions sont le fruit du travail de plusieurs personnes travaillant ensemble au sein du laboratoire judiciaire de la GRC.
- (iii) Le laboratoire applique des principes et des modes opératoires normalisés pour chaque étape de la procédure et elle connaît ces normes.
- (iv) Elle serait avisée de toute situation où la politique établie n'aurait pas été suivie.
- (v) Des contrôles positifs et négatifs sont appliqués, donc si les résultats présentaient quelque inexactitude ou soulevaient des préoccupations, elle en serait également informée.
- (vi) Rien n'indiquait l'existence d'un problème.
- (vii) Chaque pièce à conviction est soumise à un système de compte rendu bien précis, chaque compte rendu ayant été obtenu pour la pièce ou pour chaque analyse génétique, et toutes les pièces ont été retournées au Service régional de Codiac de la GRC, sauf pour certaines pièces qui ont été expédiées à un laboratoire privé.

[26] Comme ont maintenant pris l'habitude de le faire certains juges de procès dans notre province, les directives proposées à titre d'exposé au jury ont été formulées par écrit et fournies aux avocats en vue d'obtenir leurs commentaires avant d'être données au jury pour l'aider dans ses délibérations. Dans la présente affaire, les avocats ont reçu une ébauche des directives proposées bien avant d'obtenir la dernière version.

[27] Dès le début, l'avocat de la défense a fait connaître son point de vue au sujet des opinions d'expert de M<sup>me</sup> Kearsy et de M. Hildebrandt sur la preuve génétique. Toutefois, même à ce stade, l'avocat ne prétendait pas qu'il fallait donner comme directive au jury de ne tenir absolument aucun compte de la preuve d'expert en analyse génétique. Il a fait connaître sa position en ces termes :

[TRADUCTION]

Le fondement factuel de la preuve génétique n'a pas été présenté en preuve; par conséquent, [l'opinion d'expert en génétique] n'a aucun poids ou a un poids minime et le jury doit en être informé.

[C'est moi qui souligne.]

[28] Le poursuivant a alors eu comme brève réponse : [TRADUCTION] « Le rapport a été soumis par consentement, donc les résultats sont admissibles » et [TRADUCTION] « le poids à accorder aux opinions d'experts en génétique relève du jury ».

[29] Trois jours plus tard, soit le 3 décembre, les avocats ont obtenu une autre ébauche qui était censée contenir les directives que le jury allait éventuellement recevoir. Une autre discussion a eu lieu avant que le juge du procès n'adopte la version définitive. Il y a lieu de noter que les directives proposées ont alors été scrutées en entier et qu'à un moment donné, le juge du procès s'est enquis de la nécessité d'aborder de façon plus détaillée la preuve génétique. Personne n'a contesté sa décision d'éviter de répéter la preuve génétique que le jury venait tout juste d'entendre pendant plusieurs heures. Après tout, les deux parties avaient énoncé leur point de vue respectif sur l'effet que devrait avoir la preuve génétique sur la question de l'identité et l'appelant avait clairement fait

valoir au jury sa thèse concernant les limites de la preuve génétique pour ce qui avait trait à l'identité, thèse qui a été répétée lorsque le juge du procès a décrit au jury la position de la défense.

[30] À ce stade, il vaut la peine de citer une partie des discussions tenues avant l'exposé du juge au jury qui se rapportent aux moyens d'appel soulevés, car ces discussions jettent un peu d'éclairage sur la position de la défense au procès et sur l'argument soulevé par l'avocat en appel :

**[TRADUCTION]**

**M<sup>e</sup> FOWLER** : Monsieur le Juge, j'ai des observations à faire au sujet de la page 15 et, je suppose, une partie de la page 16.

**LA COUR** : D'accord.

**M<sup>e</sup> FOWLER** : Généralement, au sujet du paragraphe trois de la page 15...

**LA COUR** : D'accord.

**M<sup>e</sup> FOWLER** : ... quatre et cinq de la page 16.

**LA COUR** : Très bien.

**M<sup>e</sup> FOWLER** : Je ne pense pas que le jury saisisse pleinement la situation sous-jacente, à savoir que les faits qui sous-tendent l'opinion fournie par Joy Kearsey et Curtis Hildebrandt n'ont nullement été prouvés. J'étais – l'exposé est équivoque à cet égard. Je crois qu'il faut attirer l'attention du jury sur le fait que le ministère public a choisi de ne pas appeler à témoigner les personnes qui ont – réuni la preuve génétique; par conséquent, le fondement factuel sur lequel sont basées leurs opinions n'a pas été établi, et je souhaiterais qu'on puisse insérer une affirmation en ce sens, peut-être à la fin de ...

**LA COUR** : L'endroit où il faudrait probablement l'insérer si ...

**M<sup>e</sup> FOWLER** : Si – je pense qu'il faudrait probablement – l'insérer au paragraphe trois de la page 15, à la fin de la

phrase se terminant par les mots [TRADUCTION] « ... réunies par d'autres. » J'estime, comme le ministère public n'a pas appelé de témoins, que le fondement factuel sur lequel repose l'opinion d'expert n'a pas été prouvé par le ministère public.

**LA COUR** : D'accord. Avez-vous une opinion à ce sujet?

**M<sup>e</sup> ST-JACQUES** : Le ministère public n'avait pas à établir ce que fait ou non le technicien. Cela est – et je pense que vous avez traité la question au paragraphe deux lorsque vous avez expliqué qu'ils ont basé leur opinion sur [inaudible] transcrit les résultats, ... » juste à la fin de votre deuxième paragraphe.

**LA COUR** : Ouais, et dans les sources que vous m'avez fournies, M<sup>e</sup> Fowler, il y avait effectivement certains précédents selon lesquels, s'ils suivent la pratique établie, et c'est ce qu'elle a dit dans son témoignage, vous – vous le faites remarquer et c'est pourquoi j'ai employé les mots : [TRADUCTION] « ... la force probante de cette opinion peut être réduite ... ».

**M<sup>e</sup> FOWLER** : Je comprends cela, mais je ne crois pas que Joy Kearsey – Curtis Hildebrandt n'a certainement pas dit cela dans son témoignage.

**LA COUR** : Non.

**M<sup>e</sup> FOWLER** : Et si Joy Kearsey a dit cela dans son témoignage, c'est une preuve par oui-dire. Elle ne peut se prononcer sur les procédés d'analyse employés par d'autres personnes.

**LA COUR** : Ce qu'elle a dit, si je m'en souviens bien, et nous pouvons vérifier cela, c'est : [TRADUCTION] « Notre pratique est la suivante [...] » Puis elle a décrit cette pratique et elle est allée plus loin en affirmant que si l'on s'écarte pour une raison de la pratique établie, le rapport qu'elle doit analyser signifierait cet écart et traiterait la situation, quelle qu'elle soit. Voilà mon souvenir du témoignage.

**M<sup>e</sup> FOWLER** : Il n'en demeure pas moins que, sans appeler les témoins particuliers, nous ne savons pas s'il y a eu contamination. Nous ne savons rien de cela. Et je

...

**LA COUR** : Ouais. Non ...

**M<sup>e</sup> FOWLER** : Je comprends ce que vous dites, Monsieur le Juge, et je comprends ce que disent les sources juridiques.

**LA COUR** : Ouais.

**M<sup>e</sup> FOWLER** : En ce qui concerne le par...

**LA COUR** : Que, que voudriez-vous avoir comme libellé?

**M<sup>e</sup> FOWLER** : Eh bien...

**LA COUR** : Quelque chose comme ...

**M<sup>e</sup> FOWLER** : De sorte que – je pense avoir – il y a – en allant à la page 16 ...

**LA COUR** : Ouais.

**M<sup>e</sup> FOWLER** : « Toutefois, lorsqu'une opinion fondée sur des renseignements de seconde main est admise et que ces renseignements de seconde main ne sont pas par ailleurs établis devant le juge des faits, ... », je crois qu'il faut le signaler, les mots [TRADUCTION] « comme en l'espèce » devraient être insérés.

**LA COUR** : Ouais, je pourrais, je pourrais accepter cela.

**M<sup>e</sup> FOWLER** : Très bien.

**M<sup>e</sup> ST-JACQUES** : Oui.

**LA COUR** : Donc, cela commencerait seulement à renseignements de seconde main, et que ces renseignements de seconde main ne, ne sont pas par ailleurs établis devant le juge des faits, comme, comme en l'espèce?

**M<sup>e</sup> FOWLER** : Oui.

**M<sup>e</sup> ST-JACQUES** : Ça va.

**LA COUR** : Comme en l'espèce. Alors, la force probante de cette opinion peut être réduite en conséquence.

**M<sup>e</sup> FOWLER** : Ou cette opinion n'aurait absolument aucune force probante. Je sais que le ministère public ne va pas accepter cela, mais s'il n'en tenait qu'à moi, c'est ce que je voudrais voir.

**LA COUR** : Ouais.

**M<sup>e</sup> FOWLER** : La prochaine ...

**LA COUR** : Acceptez-vous cela?

**M<sup>e</sup> ST-JACQUES** : Non.

**M<sup>e</sup> FOWLER** : Surprise. Je – Je ne sais pas si la prochaine phrase est nécessaire, mais si elle l'est, il faut absolument remplacer le mot [TRADUCTION] « doit » par [TRADUCTION] « peut ».

**LA COUR** : Voyons cela donc. D'accord, je n'y vois aucun problème. Parce que nous avons essentiellement convenu l'autre jour que tout cela se rattachait à la force probante de toute façon, alors « peut » au lieu de « doit »...

**M<sup>e</sup> SAVOIE** : Tout cela fait du sens dans le contexte de ...

**LA COUR** : Ouais, d'accord.

**M<sup>e</sup> FOWLER** : Voilà mes observations en ce qui concerne cette partie.

**LA COUR** : Très bien, nous allons donc faire ces changements. Alors, 16 avec les changements [...]

[31] La plupart des changements proposés par l'avocat de la défense apparaissent dans l'exposé du juge au jury, dont voici l'extrait pertinent :

[TRADUCTION]

Je veux vous donner des directives générales au sujet des témoins experts :

Parfois, le fait d'acquérir des connaissances sur un sujet technique peut aider des jurés à trancher une affaire. Les personnes qui sont compétentes en la matière, soit en raison de leurs études, de leur formation ou de leur expérience, peuvent donner leur opinion sur le sujet. Elles peuvent aussi donner les raisons pour lesquelles elles ont cette opinion. Dans la présente affaire, trois témoins experts ont témoigné : le docteur Halman Protzner, pathologiste, Joy Kearsey et Curtis Hildebrandt, qui ont tous deux fourni une opinion en analyse génétique.

Les opinions d'experts sont comme le témoignage de n'importe quel autre témoin. Vous n'êtes pas tenu d'accepter une opinion simplement parce qu'elle a été exprimée par un expert. Vous pouvez croire cette opinion ou vous fonder sur elle dans la mesure, large ou petite, que vous jugez à propos. Vous devriez tenir compte des études, de la formation et de l'expérience de l'expert, des raisons qui sous-tendent son opinion, du caractère approprié des méthodes utilisées et du reste de la preuve présentée dans l'affaire lorsque vous décidez de la mesure dans laquelle vous allez vous fier à l'opinion. À vous de décider. S'agissant des témoignages fournis par M<sup>me</sup> Kearsey et M. Hildebrandt, il y a lieu de mentionner qu'ils se sont fondés sur des éléments de preuve obtenus et analysés par d'autres personnes. Comme M<sup>me</sup> Kearsey l'a affirmé, ce sont d'autres personnes qui ont véritablement effectué les analyses et qui ont transcrit les résultats en document numérique, lequel, par la suite, a été interprété et analysé par M<sup>me</sup> Kearsey.

En règle générale, les experts appliquent leurs études, leur formation et leur expérience à un certain nombre de faits qu'ils présument ou auxquels ils se fient pour étayer leurs analyses et c'est ainsi qu'ils forment leur opinion. En l'espèce, la preuve génétique a été réunie par d'autres personnes. Il est bien établi que, généralement parlant, un expert peut fonder son opinion sur des renseignements de seconde main. Toutefois, lorsqu'une opinion fondée sur des renseignements de seconde main est admise et que ces renseignements de seconde main ne sont pas par ailleurs établis devant le juge des faits, comme en l'espèce, la force probante de cette opinion peut être réduite en conséquence. Cela dit, lorsque l'expert forme son opinion en se basant sur des modes et des pratiques d'enquête qui sont des moyens reconnus de parvenir à une décision dans ce

domaine d'expertise, on peut accorder une force probante à son témoignage.

Les faits qui sont présumés par l'expert ou qui lui servent de fondement pour exprimer son opinion peuvent être les faits auxquels vous avez vous-mêmes conclu à la lumière de la preuve présentée en l'espèce. Ou ils peuvent être différents.

Si les faits auxquels vous avez conclu sont différents de ceux qui sont présumés par l'expert ou de ceux sur lesquels il se fonde pour arriver à ses conclusions, il se peut que vous estimiez l'opinion de l'expert moins utile pour vous aider à rendre une décision dans la présente affaire. Il n'appartient qu'à vous de décider de la crédibilité ou du poids que vous accordez à une opinion d'expert.

[32] Les directives fournies par le juge du procès sont très semblables à celles proposées par le juge David Watt dans son ouvrage intitulé *Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)* (Toronto : Thomson Carswell, 2005) aux pages 112 et 113. Elles ne contiennent pas les mots que l'appelant jugeait nécessaires pour éviter une erreur de droit (voir le paragraphe 13 de la présente décision). L'appelant soutient que les directives devaient inclure une mention de l'utilisation et des limites de la preuve génétique, une mise en garde concernant le besoin de ne pas se laisser dépasser par l'aura d'infailibilité scientifique, de même qu'un énoncé clair précisant que la preuve génétique n'est qu'une partie de la preuve circonstancielle présentée par le ministère public afin d'établir l'identité de l'auteur du crime et qu'elle ne constitue pas, en soi, un indice de culpabilité. La directive nécessaire, préconisée par l'appelant, est celle proposée dans l'ouvrage de Gerry A. Ferguson, du juge Michael R. Dambrot et de la juge Elizabeth A. Bennett intitulé *Canadian Criminal Jury Instructions*, 4<sup>e</sup> éd. (Vancouver, C.-B. : CLE BC, 2005) (édition à feuilles mobiles mise à jour en 2014), ch. 4.59 intitulé *DNA Identification* [Identification par les empreintes génétiques], où des modèles de directives sont fournis concernant la nature d'un profil génétique (par. 4.59.2), l'exactitude d'un profil génétique (par. 4.59.3) et l'utilisation d'une preuve génétique (par 4.59.4). L'appelant soutient que ces directives sont nécessaires pour éviter le risque inhérent que



revêt la preuve génétique et que le défaut de fournir ces directives équivaut à une absence de directives dont la gravité justifie la tenue d'un nouveau procès.

[33] À mon avis, le *contexte* dans lequel le juge du procès a préparé ses directives est déterminant pour trancher ce premier moyen d'appel, et au risque d'omettre de mentionner d'autres faits contextuels importants, je résumerais tout de même ce contexte comme suit :

- (i) L'appelant n'a pas contesté l'admissibilité de la preuve génétique. Il ne s'est pas opposé à ce que les experts soient habilités à fournir un témoignage d'opinion sur toutes les questions abordées dans leurs rapports, sous réserve de l'argument qu'il a soulevé quant à la fiabilité et qui s'appuyait sur l'absence d'un fondement probatoire.
- (ii) Du fait que l'appelant a consenti à l'admissibilité de la preuve génétique, il est raisonnable d'en inférer qu'il admet que les témoignages d'opinion sont pertinents pour une question substantielle, que le témoin a qualité pour fournir un témoignage d'opinion en la matière faisant l'objet du témoignage d'opinion dont on cherche l'admissibilité, et enfin, que le témoignage d'opinion proposé ne va pas à l'encontre d'une règle d'exclusion quelconque. Bien entendu, le consentement à l'admissibilité d'un témoignage d'opinion ne dégage pas le juge du procès de sa fonction de « gardien de la loi ». Par conséquent, il appartient d'abord et avant tout au juge du procès de veiller à ce que les conditions préalables à l'admissibilité soient remplies (voir *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, [2009] O.J. No. 3534 (QL), aux par. 79 et 80, autorisation de pourvoi refusée, [2010] C.S.C.R. n° 125 (QL)).
- (iii) Cela dit, le consentement à l'admissibilité a une incidence sur la question débattue. Rappelons-nous que l'appelant prétend que la nécessité de donner au jury les directives qu'il propose découle du risque inhérent que

revêt la preuve génétique pour la question de l'identité. Cependant, l'exactitude de la preuve génétique n'a pas été contestée, si ce n'est que par les spéculations de l'appelant à propos d'une contamination possible vu que les techniciens de laboratoire n'ont pas témoigné. Enfin, la preuve génétique n'a pas été contestée ou mise en doute par les experts et a été admise sans objection. Dans ce contexte, il est un peu difficile de conclure que la mise en garde faite par le juge du procès n'était pas suffisante. Après tout, même s'il n'a pas employé des expressions comme « se laisser dépasser par », il a clairement dit qu'il revenait entièrement au jury de décider quel témoin il allait croire et quelle preuve il allait accepter, peu importe les titres de compétences impressionnants des témoins experts en génétique. Il a terminé ses directives sur la preuve génétique en disant :

[TRADUCTION]

Il n'appartient qu'à vous de décider de la crédibilité ou du poids que vous accordez à une opinion d'expert.

Sans employer l'expression comme telle, il est difficile d'imaginer une manière plus directe de mettre en garde le jury contre le risque de se « laisser dépasser » par l'opinion des témoins experts en génétique. À mon avis, l'argument de l'intimée est fondé, c'est-à-dire que « la mise en garde alertait suffisamment le jury contre le risque dans des circonstances où il n'y avait pas véritablement de risque ».

- (iv) Il n'est pas sans importance le « risque » que percevait l'avocat de la défense concernant la preuve génétique (tel que le reflètent ses observations au jury et l'énoncé de la position de la défense devant le juge du procès, énoncé qui s'est retrouvé dans les directives du juge au jury). Le « risque » perçu par l'avocat de la défense n'avait rien à voir avec les compétences des experts, ni la science de l'analyse génétique, ni même la possibilité de contamination. Le « risque » tenait au fait que personne ne savait *quand* les empreintes génétiques avaient été « déposées » sur le corps de la victime, sur le pantalon de l'appelant ainsi que sur la doublure

de caisse et le hayon du camion de ce dernier. Voici comment l'avocat de la défense a expliqué ce risque au jury :

[TRADUCTION]

Il n'est pas étonnant que ses empreintes génétiques se retrouvent n'importe où sur n'importe quel objet que Fred [l'appelant] utilisait ou qu'eux deux utilisaient. La preuve génétique est habituellement utilisée dans des situations où les personnes en cause n'entretenaient pas de relation. Si mes empreintes génétiques se trouvaient sur un objet appartenant à Sabrina Patterson [la victime], ce serait une chose, mais si quelqu'un entretient une relation avec elle et qu'on trouve des empreintes génétiques, c'est tout à fait autre chose. Rappelez-vous que nous ne savons pas pendant combien de temps les empreintes étaient à ces endroits. Nous ne savons pas quand elles y ont été déposées.

- (v) Les deux parties ont fait de nombreuses suggestions pour la formulation de l'exposé au jury par le juge du procès. Elles ont scruté avec lui chaque paragraphe. En plus de ce qu'il proposait, le juge leur a demandé s'il devait ajouter autre chose au sujet de la preuve génétique. Exception faite de la question de la fiabilité, qui a été soulevée du fait que les techniciens de laboratoire n'ont pas été appelés à témoigner, l'appelant n'a pas demandé que les directives contiennent ce qu'il propose maintenant en appel. Plus précisément, personne n'a mentionné le fait que le juge du procès devrait aborder la question du mode d'établissement d'une empreinte ou d'un profil génétique. Il va sans dire que la charge ultime de fournir des directives appropriées au jury incombe au juge du procès. D'un autre côté, le point de vue exprimé par l'avocat de la défense pendant une conférence préalable à l'exposé du juge au jury peut être d'importance primordiale. Pour reprendre les termes employés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Royz*, 2008 CSC 13, [2009] 1 R.C.S. 423 : « [l']avocat au procès est bien placé pour déterminer si l'examen de la preuve par le juge à l'intention du jury est suffisant pour les besoins de la thèse qu'il avance » (par. 3). En l'espèce, il n'y avait aucune raison de mettre en doute la position adoptée par un avocat de la défense chevronné.

Il se peut bien qu'il n'ait pas voulu demander davantage de directives du juge sur la preuve génétique par crainte que cela nuise à l'appelant. Il pensait peut-être aussi que la meilleure stratégie, en l'espèce, était de ne pas contester les témoins experts et la science, mais de contester plutôt les résultats des analyses génétiques en soulevant la question de la fiabilité du fait de l'absence d'un fondement probatoire et de l'impossibilité pour les témoins experts de fixer la période où la preuve génétique avait été « déposée ».

- (vi) Compte tenu de la thèse présentée en appel, par opposition à celle adoptée par l'avocat au procès, j'estime utile de citer certains des propos tenus par le juge d'appel Doherty dans l'arrêt *R. c. Polimac*, 2010 ONCA 346, [2010] O.J. No. 1983 (QL), aux paragraphes 96 et 97, autorisation de pourvoi refusée, [2010] C.S.C.R. n° 263 (QL) :

[TRADUCTION]

[...] L'obligation de l'avocat d'aider la cour à remplir sa charge de fournir des directives appropriées au jury, mentionnée par le juge Fish dans l'arrêt *R. c. Khela*, [2009] 1 R.C.S. 104, au par. 49, est encore plus importante lorsque l'avocat a reçu une copie entière des directives proposées et amplement l'occasion de les étudier en détail, et qu'il a tenu une longue discussion préalable au procès avec le juge du procès. En pareilles circonstances, la position adoptée par l'avocat au procès devient très importante pour l'évaluation de plaintes, soulevées pour la première fois en appel, voulant que des sujets d'importance primordiale pour la défense n'aient pas été suffisamment traités dans l'exposé au jury fait par la juge du procès.

Cela dit, la position adoptée par l'avocat au procès n'est pas déterminante lorsqu'un moyen d'appel fait état de directives erronées ou d'absence de directives. Une erreur de droit est une erreur de droit, peu importe que l'avocat omette de s'y opposer ou même appuie la directive erronée : voir *R. c. Wright* (2009), 98 O.R. (3d) 665 (C.A.), au par. 27; *R. c. Van*, [2009] 1 R.C.S. 716, au par. 43. Toutefois, l'exposé au jury, particulièrement les directives sur la façon dont le jury peut tenir compte de certaines parties de la preuve, n'a pas été conçu pour la formulation de principes juridiques à l'intention du jury ni pour l'énonciation abstraite de ces principes. Les directives au

jury sur le sujet de la preuve doivent remplir les exigences suivantes : premièrement, que le jury comprenne comment la preuve peut et ne peut pas être utilisée dans le contexte de l'affaire dont il est saisi; deuxièmement, que le jury comprenne les thèses avancées par l'avocat de la défense et le ministère public à l'égard de cette preuve. La position adoptée par l'avocat après avoir examiné la directive proposée jette un éclairage utile sur la question de savoir si la directive proposée atteignait ces deux objectifs. La réponse est affirmative. [par. 96 et 97]

[34] Pour tous ces motifs, j'estime que le premier moyen d'appel est sans fondement.

C. *Le moyen d'appel portant sur l'absence de fondement probatoire et les directives du juge au jury (moyen b))*

[35] En appel sur cette question, l'appelant fait valoir essentiellement que, puisque les témoins experts en génétique se sont fondés sur des données fournies par des techniciens du laboratoire de la GRC qu'ils ne supervisaient pas et qui n'ont pas été appelés à témoigner, le juge du procès avait l'*obligation* d'avertir le jury du fait que ces données ne constituaient pas une preuve des faits sous-jacents et que, par conséquent, aucune force probante ne pouvait être attribuée aux opinions. L'appelant invoque à l'appui de ce moyen l'arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24. J'ai déjà indiqué que ce n'est pas exactement la position qu'a adoptée l'avocat de la défense au procès (voir le par. 27). L'avocat du procès était d'avis que le juge du procès avait l'obligation de fournir au jury la directive suivante : puisque les techniciens de laboratoire n'ont pas témoigné, « aucun poids » ne devrait être attribué par les jurés à la preuve présentée, sinon un « poids minime ».

[36] L'intimée fournit un excellent résumé, que j'accepte, de l'évolution de la situation concernant l'admissibilité des témoignages d'experts. Il y a près de 50 ans, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'une opinion d'expert était admissible même si elle était fondée sur du oui-dire, la seule question à trancher étant celle de la force probante :

*City of Saint John c. Irving Oil Co.*, [1966] R.C.S. 581. La question de l'admissibilité d'une opinion d'expert fondée sur du ouï-dire non établi est apparue à nouveau dans l'arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, où l'opinion d'un psychiatre concernant la stabilité mentale de l'accusé était fondée sur les hallucinations et le comportement bizarre et instable que lui avait relatés l'accusé, qui n'avait pas témoigné. C'est dans ce contexte que le juge Dickson, de la Cour suprême, a dit : « [p]our que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion » (page 46).

[37] Environ huit ans plus tard, *R. c. Abbey* a été examiné en profondeur dans l'arrêt *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, [1990] A.C.S. n° 36 (QL). Rendant jugement au nom de la Cour, le juge Wilson a réitéré les principes se dégageant de l'arrêt *Abbey*, à savoir : a) une opinion d'expert pertinente est admissible, même si elle est fondée sur une preuve de seconde main; b) le ouï-dire est admissible pour montrer les renseignements sur lesquels est fondée l'opinion d'expert et non pas à titre de preuve établissant l'existence des faits sur lesquels se fonde cette opinion; c) lorsque l'opinion est fondée sur une preuve par ouï-dire, le problème qui se pose est celui de la valeur probante à accorder à l'opinion; et d) pour que l'opinion d'un expert puisse avoir *quelque valeur probante que ce soit*, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion (voir paragraphe 66). Au paragraphe 74, toutefois, le juge Wilson a mis fin à certaines idées fausses entretenues par de nombreuses personnes au sujet de l'arrêt *Abbey* :

Si la majorité en Cour d'appel veut dire que chacun de ces faits précis doit être établi par la preuve, à défaut de quoi l'opinion du D<sup>r</sup> Shane sur l'état mental de l'accusée n'a aucune valeur probante, je ne puis, avec égards, partager cet avis. Selon moi, l'arrêt *Abbey* n'appuie aucunement un tel point de vue. Notre Cour a conclu, dans cette affaire, que le juge du procès avait commis une erreur en tenant pour prouvés les faits sur lesquels le psychiatre s'était fondé pour former son opinion. La solution était de donner des directives appropriées au jury et non pas de procéder à ce qui constituait en réalité le retrait de la preuve en question. À mon avis, tant qu'il existe quelque élément de

preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert, le juge du procès ne peut par la suite dire au jury de faire complètement abstraction du témoignage. Le juge doit, bien sûr, faire comprendre au jury que plus l'expert se fonde sur des faits non établis par la preuve moins la valeur probante de son opinion sera grande. [par. 74]

[38] Les motifs concordants du juge Sopinka dans *Lavallee* sont d'une grande utilité pour traiter ce moyen d'appel. Ils décrivent certains problèmes créés par l'arrêt *Abbey*, tout en donnant un bon aperçu de ce que je considère être une solution équilibrée, ce que le juge du procès a appliqué dans la directive qu'il a donnée concernant le défaut d'appeler les techniciens à témoigner. Voici un extrait de ces motifs :

L'arrêt *Abbey* a été sévèrement critiqué : voir, p. ex., Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, (3<sup>e</sup> éd. 1988), aux pp. 473 à 476, et Delisle, *Evidence: Principles and Problems* (2<sup>e</sup> éd. 1989), aux pp. 477 à 479. On reproche essentiellement à l'arrêt *Abbey* d'établir à l'égard de l'utilisation de la preuve d'expert des conditions plus restrictives que celles énoncées dans des arrêts antérieurs de notre Cour (p. ex., *City of St. John v. Irving Oil Co.*, [1966] R.C.S. 581; *Wilband v. The Queen*, [1967] R.C.S. 14; et *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263). Réflexion faite, il me semble que les faits très particuliers de l'affaire *Abbey* ainsi que la décision commandée par ces faits ont contribué à l'élaboration d'un principe contradictoire relativement à l'admissibilité et à la valeur probante du témoignage d'opinion d'un expert. La contradiction est évidente dans les quatre principes exposés par le juge Wilson en l'espèce, à la p. 893, que je reproduis ici pour faciliter la lecture :

1. Une opinion d'expert pertinente est admissible, même si elle est fondée sur une preuve de seconde main.
2. Cette preuve de seconde main (ouï-dire) est admissible pour montrer les renseignements sur lesquels est fondée l'opinion d'expert et non pas à titre de preuve établissant l'existence des faits sur lesquels se fonde cette opinion.
3. Lorsque la preuve psychiatrique consiste en une preuve par ouï-dire, le problème qui se pose est celui de la valeur probante à accorder à l'opinion.

4. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion.

Par l'effet conjugué des numéros 1, 3 et 4, une opinion d'expert se rapportant dans l'abstrait à une question substantielle soulevée dans un procès, mais reposant entièrement sur un oui-dire qui n'est établi par aucun élément de preuve (p. ex., le dire de l'accusé, comme dans l'affaire *Abbey*), est admissible en preuve mais n'a aucune valeur probante. On se demande donc comment une preuve peut être admissible et en même temps dénuée de toute valeur probante. Comme l'a fait remarquer un commentateur, une opinion d'expert fondée entièrement sur un oui-dire qui n'est établi par aucun élément de preuve est forcément inadmissible pour manque de pertinence puisque les faits sous-tendant l'opinion de l'expert constituent l'unique lien entre cette opinion et le litige : voir Wardle, « *R. v. Abbey and Psychiatric Opinion Evidence: Requiring the Accused to Testify* » (1984), 17 *Ottawa L. Rev.* 116, aux pp. 122 et 123.

La résolution de la contradiction inhérente à l'arrêt *Abbey*, de même que la réponse aux critiques qu'il a suscitées, se trouve dans la distinction pratique entre la preuve qu'un expert obtient et sur laquelle il se fonde dans les limites de sa compétence (comme dans *City of St. John*), et la preuve qu'il obtient d'une partie au litige et qui concerne une question directement en litige (comme dans *Abbey*).

Dans le premier cas, l'expert forme une opinion en ayant recours à des méthodes d'enquête et à des pratiques qui constituent dans le domaine en question des moyens acceptés d'arriver à une décision. Un médecin, par exemple, prend quotidiennement des décisions extrêmement importantes sur la foi des observations de collègues, revêtant souvent le caractère d'un oui-dire multiple. En n'accordant aucune valeur probante à ce genre de jugement professionnel formé en conformité avec de saines pratiques médicales, ou en l'écartant carrément, un tribunal ferait abstraction des fortes garanties circonstancielles de crédibilité que comporte un tel jugement et, selon moi, irait à l'encontre de l'approche adoptée par notre Cour pour l'analyse de la preuve par



ouï-dire en général, illustrée notamment dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608. Dans *R. v. Jordan* (1984), 39 C.R. (3d) 50 (C.A.C.-B.), une affaire portant sur l'évaluation, faite par un expert, de la composition chimique d'un prétendu échantillon d'héroïne, le juge Anderson de la Cour d'appel a conclu à l'inapplicabilité de l'arrêt *Abbey* dans de telles circonstances, et avec égards, je partage son avis. (Voir en outre l'arrêt *R. v. Zundel* (1987), 56 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.), à la p. 52, où la cour admet en preuve une opinion d'expert fondée sur des données [TRADUCTION] « [. . .] de nature générale fréquemment utilisées et reconnues comme sûres par des experts dans le domaine ».)

Lorsque, toutefois, les données sur lesquelles un expert fonde son opinion proviennent d'une partie au litige ou d'une autre source fondamentalement suspecte, un tribunal devrait exiger que ces données soient établies par une preuve indépendante. Suivant l'arrêt *Abbey*, l'absence d'une telle preuve influera directement sur le poids à donner à l'opinion, peut-être au point de lui enlever toute valeur probante. On doit cependant reconnaître qu'il arrivera très rarement que l'opinion d'un expert repose entièrement sur de tels renseignements et qu'aucun de ceux-ci ne soit établi par une preuve indépendante. Quand l'opinion d'un expert est fondée en partie sur des renseignements suspects et en partie soit sur des faits reconnus, soit sur des faits qu'on essaie de prouver, il s'agit uniquement d'une question de valeur probante. À cet égard, je souscris aux propos que tient le juge Wilson, à la p. 896, pour autant qu'ils s'appliquent à des circonstances comme celles qui se présentent en l'espèce :

... tant qu'il existe quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert, le juge du procès ne saurait par la suite dire au jury de faire complètement abstraction du témoignage. Le juge doit, bien sûr, faire comprendre au jury que plus l'expert se fonde sur des faits non établis par la preuve, moins la valeur probante de son opinion sera grande. [par. 80 à 84]

[39] En l'espèce, les techniciens du laboratoire de la GRC ont fourni les données sur lesquelles les opinions étaient fondées. Ils n'ont pas témoigné. M<sup>me</sup> Kearsey

a reconnu que ses opinions (les mêmes circonstances s'appliquent dans le cas de M. Hildebrandt) étaient basées sur des données fournies par ces techniciens. Tel qu'il a été mentionné aux paragraphes 24 et 25, elle a expliqué pourquoi elle pouvait se fier aux données même en l'absence des témoignages de ceux qui les avaient fournies et même si elle n'avait pas personnellement supervisé leur travail. Il vaut la peine de résumer ce qu'elle a dit. Elle avait une connaissance personnelle des procédés et du protocole que doivent suivre les techniciens dans la collecte et l'analyse des échantillons, ayant elle-même été technicienne dans ce laboratoire. Elle a témoigné au sujet des procédés et du protocole et elle a affirmé que les techniciens signaleraient toute anomalie et qu'aucune n'avait été rapportée. Il ne fait aucun doute que son témoignage offrait une certaine « garantie circonstancielle de crédibilité » concernant les données fournies.

[40] Il est à propos de répéter ce que le juge du procès a dit dans son exposé au jury :

[TRADUCTION]

Il est bien établi que, généralement parlant, un expert peut fonder son opinion sur des renseignements de seconde main. Toutefois, lorsqu'une opinion fondée sur des renseignements de seconde main est admise et que ces renseignements de seconde main ne sont pas par ailleurs établis devant le juge des faits, comme en l'espèce, la force probante de cette opinion peut être réduite en conséquence. Cela dit, lorsque l'expert forme son opinion en se basant sur des modes et des pratiques d'enquête qui sont des moyens reconnus de parvenir à une décision dans ce domaine d'expertise, on peut accorder une force probante à son témoignage.

[41] Dans une certaine mesure, la directive du juge du procès était formulée pour pallier les préoccupations de l'avocat de la défense. Les mots [TRADUCTION] « comme en l'espèce » ont été ajoutés pour que le jury comprenne clairement que, dans l'affaire dont il était saisi, les opinions étaient fondées, du moins en partie, sur une preuve par ouï-dire. En effet, le juge a dit aux jurés qu'en pareilles circonstances la force probante des opinions pouvait [TRADUCTION] « être réduite en conséquence ». Il

s'agissait là d'une indication claire que le jury pouvait choisir de n'attribuer aucune force probante aux témoignages d'opinions sur les analyses génétiques. D'aucuns pourraient faire valoir que l'appelant a peut-être obtenu davantage que ce qu'il demandait.

[42] La question de savoir si le témoignage fourni par M<sup>me</sup> Kearsey était suffisant pour établir qu'elle était parvenue à son opinion en se fondant sur des méthodes et des pratiques d'enquête reconnues comme moyens de prise de décisions dans son domaine d'expertise est matière à débat. Certains pourraient prétendre que son témoignage devrait être considéré comme une marque de confiance envers le laboratoire judiciaire de la GRC, à défaut d'être une garantie de fiabilité. D'un autre côté, l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à cette partie de la directive. En effet, il a proposé que le mot « doit » soit remplacé par le mot « peut », ce que le juge du procès a fait. Il va sans dire qu'il existait certains éléments de preuve admissibles pour établir le fondement probatoire de l'opinion d'expert et le juge du procès ne pouvait donner comme directive au jury de faire complètement abstraction du témoignage, comme l'a prétendu l'appelant. La solution adoptée par le juge du procès était juste et équilibrée dans les circonstances.

[43] Pour ces motifs, je suis d'avis que le deuxième moyen d'appel est sans fondement.

[44] Je rejeterais l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité.