

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

15-17-CA

SHAWN MURRAY FREDERICKS

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Fredericks v. R., 2018 NBCA 56

CORAM:

The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice French

Appeal from decisions of the Court of Queen's  
Bench:  
October 6, 2016 (conviction)

History of case:

Decisions under appeal:  
Unreported

Appeal heard:  
January 18, 2018

Judgment rendered :  
September 27, 2018

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Richard

Concurred by:  
The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice French

SHAWN MURRAY FREDERICKS

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Fredericks c. R., 2018 NBCA 56

CORAM :

l'honorable juge Richard  
l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge French

Appel de décisions de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 6 octobre 2016 (déclaration de culpabilité)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
inédite

Appel entendu :  
le 18 janvier 2018

Jugement rendu :  
le 27 septembre 2018

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Richard

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

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Margaret Gallagher, Q.C.

For the respondents:  
Kathryn Gregory, Q.C.

THE COURT

The appeal is dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :  
Margaret Gallagher, c.r.

Pour l'intimée :  
Kathryn Gregory, c.r.

LA COUR

L'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, J.A.

I. Introduction

[1] At the close of a jury trial, Shawn Murray Fredericks was convicted of (1) intentionally discharging a firearm at the residence of Lena Canning knowing that, or being reckless as to whether, someone was present there at the time (s. 244.2(3)(b) of the *Criminal Code*); and (2) having been in possession of a firearm when prohibited by a court order (s. 117.01(3)(a)). The trial judge sentenced Mr. Fredericks to consecutive terms of imprisonment totalling nine years. The judge also issued corollary orders under various provisions of the *Criminal Code*.

[2] The central issue at trial was the identification of Mr. Fredericks as the shooter. Mr. Fredericks argued his identity had not been proven beyond a reasonable doubt. Obviously, the jury thought otherwise. Mr. Fredericks now appeals his conviction, claiming the trial judge made three discrete errors of law. One of these related to the admission of hearsay under the principled approach to the hearsay rule; another concerns improper cross-examination of a defence witness the judge allowed; and the third involves the judge's failure to instruct the jury on the limited use it could make of the prohibition order that was adduced in evidence. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal. In sum, I conclude the judge did not err in admitting the hearsay under the principled approach and, although counsel for the Attorney General concedes the latter two grounds, I agree with her submission that these errors did not result in any substantial wrong or miscarriage of justice.

II. Factual Background

[3] In the early evening of May 15, 2015, at Ms. Canning's home on McKenzie Avenue in Moncton, Ms. Canning and two men, Lenny Phillips and Nathan

Melvin, were getting into Mr. Melvin's van when Mr. Fredericks arrived driving a grey Chevrolet Impala. Ms. Canning, who had previously been in a relationship with Mr. Fredericks, approached the Impala to talk to him. A verbal altercation ensued. At one point, a bottle containing a meal replacement drink was thrown out the driver's side window spilling its contents on Ms. Canning. The altercation escalated. Ms. Canning's friend, Mr. Phillips, exited the van, approached the Impala, and, through the open driver's side window, punched and stabbed Mr. Fredericks in the face, leaving him injured and bleeding. Mr. Fredericks eventually drove away.

[4]                    Shortly after this altercation, someone fired shots at Ms. Canning's home. This occurred at around 6:30 p.m., just as Shawna Douthwright was walking with her daughter on McKenzie Avenue. Ms. Douthwright saw what she described as an older model silver car approaching in the wrong lane and briefly stopping. She then heard what she believed were "three gunshots" before she saw the car speed away. Although Ms. Douthwright was only about 15 to 20 feet away from the vehicle when it stopped, her visibility was somewhat impaired by the glare of the sun off the windshield. She was nevertheless able to note the vehicle had only one occupant, whom she described as a man of about 20 to 30 years of age with either blond hair or a shaved head. She did not see a firearm.

[5]                    Meanwhile, Peter Shannon was talking to his stepfather a short distance up the street on McKenzie Avenue when he heard what he described as "maybe five gunshots." He then saw a grey car racing down the street. He was able to note the licence plate of that vehicle: GSP 758.

[6]                    Immediately after the shooting, Lena Canning called 911. The call was received at 6:38 p.m. Ms. Canning told the 911 operator her ex-boyfriend, Mr. Fredericks, had shot at her home from what she described as a grey Lumina with a dent in the back. She said the vehicle then fled on McKenzie Avenue toward Killam Drive. A recording of the call reveals an obviously distraught caller who was nevertheless coherent in describing the incident. Ms. Canning stated Mr. Fredericks had been the only occupant

of the vehicle from which the shots were fired. She described him as a 32-year-old man, measuring six feet six inches, and covered in tattoos. Twice she said she wanted a “restraining order” against him.

[7]               The police responded quickly to the 911 call. At the scene, they located bullet holes in the siding and in the inside wall of Ms. Canning’s home. Bullets and bullet fragments were recovered. That same evening, a police officer took a statement from Ms. Canning. The officer transcribed the statement as Ms. Canning described the events. Once this was done, Ms. Canning was asked to read the statement over and sign it. She did so.

[8]               In her statement, Ms. Canning described the verbal altercation with Mr. Fredericks in the presence of Nathan Melvin and Mr. Phillips, which she said occurred close to 6:00 p.m. She stated Mr. Fredericks threw a “carton of milk” at her. She did not, however, mention the physical altercation between Mr. Phillips and Mr. Fredericks.

[9]               According to Ms. Canning’s statement, as Mr. Fredericks was leaving following the altercation, he yelled that “he was going to get a gun.” At this point, Ms. Canning returned inside her home to clean up. Mr. Phillips followed her. Mr. Melvin left. About 15 minutes later, Ms. Canning saw the same vehicle drive by and saw Mr. Fredericks, the vehicle’s lone occupant, take out a gun, which looked like a .45, and shoot at her house. The vehicle did not stop. It merely slowed down in front of the house. Ms. Canning yelled and ducked as “six to eight shots” were fired.

[10]              In her statement, Ms. Canning reported that one or more calls were made from Mr. Fredericks’ phone to hers in the aftermath of the shooting, but she did not answer them.

[11]              Ms. Canning was asked to attend at the police station the next day to give a second statement, this one under oath. She replied she wanted to think about it.

[12] Jeffrey Harrison lived on 8<sup>th</sup> Street in Moncton. He was acquainted with Mr. Fredericks, having known him for about 12 years; however, they had in fact only interacted a few times and he knew him only as “Shawn.” The evening of the shooting, Mr. Harrison saw what he described as a silver Chevrolet Impala pull into the driveway across the street. Mr. Harrison saw Mr. Fredericks exit the vehicle, go behind a nearby shed and then behind an apartment building. After four or five minutes behind the apartment building, Mr. Fredericks then returned behind the shed, where he spent time doing something with plywood and tires. He then returned to the car and left. Mr. Harrison did not see Mr. Fredericks carrying anything, though he explained his view was partially obstructed by the vehicle.

[13] Mr. Harrison described Mr. Fredericks as “a tall, lanky, skinny type” person. He identified him as the accused at trial, though adding Mr. Fredericks had by then gained some weight. According to Mr. Harrison, the person he saw had a shaved head, although not totally bald. He saw some hair, which he described as “dirty blond” or “brown.” Mr. Harrison stated Mr. Fredericks was wearing a white or bone-coloured long-sleeve shirt.

[14] At some point during the evening of May 15, 2015, Karylin Anderson and her mother arrived at their home on Prince Street in Moncton. As they arrived, they observed a man had parked his vehicle in their parking spot. Ms. Anderson’s mother waved at him to move his vehicle, and the man moved it “a couple of parking spots over.” Ms. Anderson described the vehicle as a four-door greyish car. She said the man had blood on him and was bleeding from the right side of his face. She described him as a white male wearing a sweater and jeans who was a “[l]ittle bit taller than [her],” though adding later she was “unsure of the exact height.” Ms. Anderson measures about 5’7” to 5’8”. She did not see the man’s hair because he was wearing a ball cap. Ms. Anderson went inside the building, from where she took a picture of the individual because he had blood on him and was “acting a little bit not right.” However, the photo turned out to be too blurry to be of any use. From her window, Ms. Anderson saw the man take a bag out of the vehicle’s trunk before leaving through their backyard.

[15] John Larabee was the superintendent of the apartment building on Prince Street. According to him, at about 7:30-8:00 p.m. on May 15, 2015, just as it was getting dark outside, one of the tenants reported to him that a car had been parked in her spot and, when motioned to move his car, the driver had just moved over to another spot. Upon learning this, Mr. Larabee went outside and found the car abandoned but still idling. He reached inside and turned off the ignition. No one was around. Mr. Larabee noted the back end of the vehicle was “smashed in and the gas was leaking out.” Mr. Larabee’s wife called the police. They arrived within minutes. At trial, Mr. Larabee identified the grey Chevrolet Impala Mr. Fredericks had been driving as the vehicle he had seen in the parking lot. He was able to identify it by the dent in the back of the vehicle. The vehicle bore the same licence plate number as that which Peter Shannon had noted.

[16] Pierre Michaud worked as a dispatcher and driver for a taxi company. The evening of May 15, 2015, he received a call for a pick up at Willow Street in Moncton. He was unsure of the time of the call but believed it to have been made at approximately 5:00 or 6:00 in the evening since it was during daylight hours. When he arrived, someone opened the door to the residence and made a signal to him the passenger would be just a minute or so. Not long after, another individual came out of the residence and got into the front passenger seat of the taxi. The passenger directed Mr. Michaud where he wanted to go, and he eventually exited the cab near the intersection of Douglas and Pacific Avenues. Mr. Michaud described his passenger as a male measuring about six feet, who had a scar on the left side of his cheek. In his view, the scar “seemed to be healing” and was not “a fresh wound.” Mr. Michaud said the person he picked up was wearing jeans and a T-shirt. He did not see any tattoos on the person.

[17] A day or two later, Mr. Michaud was asked to attend at the police station. Mr. Michaud says that, at the time, he was unaware of the shooting described above. Mr. Michaud gave a statement to the police and later viewed a photo lineup. He identified Mr. Fredericks as the passenger he had picked up at 2 Willow Street on May 15.

[18] Ms. Canning attended at the police station on May 16, 2015. She was given all warnings typically associated with a KGB statement (named after the decision of the Supreme Court in *R. v B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, [1993] S.C.J. No. 22 (QL)). These warnings included how the statement might be used and the consequences of making a false statement. The police officer informed Ms. Canning he was investigating a possible attempted murder by Mr. Fredericks. She refused to give a statement under oath. Her refusal appears to have been partly grounded in her belief that: (1) Mr. Fredericks had not intended to kill her when he shot at her house; and (2) Mr. Fredericks just needed help. However, Ms. Canning's principal reason for refusing to give a statement under oath was her belief the police would extract from her information that was unrelated to the previous day's incident. She was concerned she would be asked about drugs. Ms. Canning told the officer they should rely on the statement she had already given, which she described as a truthful account.

[19] The video-recorded interview that followed, though not under oath, revealed an emotionally distraught woman who provided details of the May 15 incident consistent with the contents of her initial statement. She was firm when it came to identifying Mr. Fredericks as the shooter.

[20] In the days that followed, Ms. Canning prepared a three-page statement in her own handwriting. She did this of her own volition and without anyone asking. The statement was given to the police on May 25, 2015. The first part of the statement is reproduced below with minor and insignificant editorial corrections:

Myself and Lenny were leaving to go to the store in Nathan's van. Lenny was in the van so was Nathan. I was closing my house door as Shawn pulled in my driveway.

I walked over to the car Shawn drove and we had a disagreement about me getting a drive with Nathan. Nathan stepped out of the van and came over to the car.

Shawn proceeds to tell Nathan that they will no longer be friends if he takes me anywhere. This goes on for a minute and one of them finally says fuck it.



Shawn then throws an Ensure drink and it goes all over me.

I'm done with the situation and tell Nathan I'll walk to the store later.

I ask Lenny to come in the house at this point. He sees me covered in milk and gets out of the van, goes over to the car, reaches in and just starts hitting Shawn whose hands are on the steering wheel at this time getting ready to pull out.

Lenny kicks the car trying to pull Shawn out while Shawn by the look of it is reaching for his seatbelt to get out of the car to defend himself.

I was trying to get Lenny to stop because it was uncalled for. I did not approve of him acting as so. Lenny was at my home for only a few hours before this situation took place. He was released from detox that day. Staying at my home for a night while waiting for a drive to Sussex.

As the altercation continued, Lenny pulled something from his pocket and stabbed Shawn in the face just missing his eye.

This was extreme and uncalled for. At this time Shawn tazed him, the tazer was not well charged and did not do damage.

Lenny then let Shawn go and he pulled out yelling something. I did not hear clearly.

[21] In this statement, Ms. Canning then goes on to explain her children had been elsewhere at the time of the incident. She clarifies she was unaware Mr. Phillips had taken from her home the pair of scissors he used to stab Mr. Fredericks, adding there was no reason for him to have taken these from her home. The statement concludes as follows:

Lenny and I went back into the home where I yelled at him and questioned why he would have taken the scissors to begin with.

He was standing in the kitchen and I left, walked down my first flight of steps, stopped, looked out my window and saw Shawn driving by. I then heard shots, ran to my daughter's room and hid in a corner for like 10 minutes.

[22] The police investigation led to the seizure of the grey Chevrolet Impala located in the parking lot on Prince Street. In one of the vents of the vehicle, the police located a bullet casing. The police also noted a substance on the centre console of the vehicle, from which they took a sample. On May 17, 2015, a rifle wrapped in a leather jacket was found hidden behind the shed on 8<sup>th</sup> Street where Mr. Harrison had seen Mr. Fredericks. A swab was taken of a substance on the jacket.

[23] Expert analyses of the investigation's findings revealed: (1) the fragments found in the walls of Ms. Canning's home could have come from the rifle found behind the shed on 8<sup>th</sup> Street; (2) the casing found in the grey Impala had been cycled through the action of this same rifle; (3) the swab taken from the edge of the leather jacket that was wrapped around the rifle and the one taken from the substance on the console of the grey Impala both revealed DNA with an extremely high likelihood of having emanated from Mr. Fredericks.

[24] Mr. Fredericks was arrested on May 22, 2015. He was charged with having intentionally discharged a firearm at Ms. Canning's home knowing that or being reckless as to whether another person was present there (s. 244.2 of the *Criminal Code*); and with having been in possession of a firearm while prohibited from doing so by a court order (s. 117.01(3)(a)). He elected to be tried by a judge and jury.

[25] At trial, the prosecution's case revealed the facts set out above, with the exception that Lena Canning recanted and denied Mr. Fredericks was the shooter. As explained below, this led the prosecution to seek the admission of the recording of the 911 call and the two written statements Ms. Canning had given under the principled exception to the hearsay rule. The video-recorded interview was considered during the *voir dire*, but was not adduced into evidence at trial.

[26] Ms. Canning had been summoned to attend the trial and was present during portions of it; however, she was not present when it came time for her to testify. A warrant was issued for her arrest. Within an hour, Ms. Canning was in court explaining she had been required to attend to family obligations. After a stern warning, she was ordered to return the following day. She did so and, after taking the usual oath, testified.

[27] Regarding the events of May 15, 2015, Ms. Canning described how Mr. Melvin had come to her residence in order to give her and Mr. Phillips a ride to a store. Mr. Phillips had already entered Mr. Melvin's van when Mr. Fredericks arrived and started yelling at her. A verbal altercation ensued. Mr. Fredericks warned Mr. Melvin that if he pursued a friendship with Ms. Canning then their own friendship was over. In the altercation, Mr. Fredericks threw a bottle of "Ensure" at Ms. Canning. She turned to walk back toward her house. As she was doing so, she heard a "racket," turned around and saw Mr. Phillips with his hands reaching inside Mr. Fredericks' car. He had his hands around Mr. Fredericks' throat and he then punched him in the face "over and over." Ms. Canning says she went over to the vehicle and tried to stop Mr. Phillips. When she finally managed to do so, Mr. Fredericks left the area screaming at them.

[28] Ms. Canning was shown a photo of the grey Chevrolet Impala. She testified it looked similar to the vehicle Mr. Fredericks had been driving except for the large dent in the back. This clearly contradicted her statements to the 911 operator and to the police on the night of the incident.

[29] Ms. Canning provided additional details of the altercation's aftermath. She explained that, when she and Mr. Phillips retreated inside the house, she "went completely crazy" because Mr. Phillips' hands were covered in blood, adding: "[I] was just screaming at him [...] so badly I thought I was going to puke." Ms. Canning testified she later walked down the first set of stairs in her home, looked out the window and noticed a vehicle driving by. According to her, this had happened approximately 20 minutes after the altercation outside her home. She continued by stating that, although she initially believed the driver of the vehicle to have been Mr. Fredericks, she was no

longer “sure it was Shawn at all.” She explained that, when she thought back, the person did not look like him. Ms. Canning stated the person driving the vehicle had not been wearing a black shirt, which is what she said Mr. Fredericks had been wearing at the time of the altercation in her driveway. She also claimed that, unlike Mr. Fredericks, the driver did not have black hair and tattoos. Ms. Canning denied seeing a firearm. She believed the shots were fired without the vehicle coming to a stop.

[30] Ms. Canning testified she sought refuge from the shots in her daughter’s bedroom. In the process, she dropped her cell phone. After the shooting, the cell phone repeatedly rang, but she denied knowing who was calling. According to Ms. Canning, Mr. Phillips eventually picked up her phone and urged her to call 911. Ms. Canning hesitated because she was worried about her children, but Mr. Phillips insisted. Ostensibly to explain her recantation, Ms. Canning told the court she “was made to say certain things.” However, at this point in her testimony, she did not deny the truth of the information she conveyed in the 911 call. She simply explained she did not remember what she said during the 911 call. When the recording of the call was played, Ms. Canning admitted it was her voice on the phone but stated: “ The whole call surprises me, the whole fucking thing.”

[31] At this point in the trial, Crown counsel invoked s. 9(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, and applied for leave to cross-examine Ms. Canning on her previous statements. Since the judge’s ruling allowing the cross-examination is not challenged on appeal, it is not necessary to describe the process that led to the judge allowing the cross-examination. Before the cross-examination began, the judge gave the jury a mid-trial instruction explaining the 911 recording had been admitted solely “as part of the narrative, not to prove the truth of its content.”

[32] Crown counsel’s cross-examination regarding Ms. Canning’s previous statements focused only on the 911 call and the two written statements: the one written by the police officer the night of the incident and the one Ms. Canning wrote herself a few days later. No questions related to the interview of May 16, 2015. Crown counsel

identified several inconsistencies between Ms. Canning's testimony and her previous statements. In her attempt to explain these, Ms. Canning denied having made some of the assertions contained in her statements and alleged Mr. Phillips had threatened her. As for her handwritten statement, Ms. Canning testified she was being "harassed by Child Services and the police about thirty times a day" so she did not have time to think things through, suggesting it was only when she had occasion to reflect on the event that she realized it was not Mr. Fredericks who had shot at her house. Ms. Canning admitted she remained in contact with Mr. Fredericks following the shooting.

[33] After concluding his cross-examination, Crown counsel applied to have the 911 recording and Ms. Canning's written statements admitted for the truth of their content under the principled approach to the hearsay rule. He argued the statements were both necessary and reliable, and he pointed to *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, in support of his request.

[34] A *voir dire* ensued to determine (1) whether the necessity requirement was met and (2) whether the statements passed the threshold reliability component of the principled approach to the hearsay rule. At its outset, defence counsel acknowledged the necessity requirement had been met.

[35] During the *voir dire*, Crown counsel requested that the 911 recording be once again played in court. At this point, Ms. Canning became quite emotional. When asked why this request triggered such a reaction, she blurted out, "Because you can't help who you love okay," referring to her feelings toward Mr. Fredericks. She argued with Crown counsel, saying she shouldn't be testifying because it was "a conflict of interest [...] [b]ecause I love Shawn and this is killing me." She repeated time and again she was no longer sure Mr. Fredericks had been the shooter.

[36] The video-recording of Ms. Canning's interview with the police on May 16, 2015, was admitted during the *voir dire* as relevant evidence on the question of threshold reliability. This was the interview during which Ms. Canning refused to provide

a statement under oath but had nevertheless answered questions. In her testimony during the *voir dire*, Ms. Canning adopted the part of the recording during which she revealed there had been a cycle of violence between her and Mr. Fredericks.

[37] At the close of the *voir dire*, the trial judge concluded the threshold reliability component had been met, and he ruled the statements admissible under the principled approach to the hearsay rule.

[38] When the trial resumed, Crown counsel sought to recall Ms. Canning for further “direct examination,” specifying he would no longer be cross-examining under s. 9(2) of the *Canada Evidence Act*. This was allowed. Ms. Canning was essentially made to repeat what she had already said at trial. At one point, she again admitted, “I love Shawn.”

[39] In cross-examination by defence counsel, Ms. Canning was asked if what she had told the police was a ‘bunch of lies.’ She replied: “You – you know what I’m gonna tell you, yes, I could have, do I remember, no.” She denied having made some of the allegations contained in her first statement, denied having read it over before signing it, and then denied much of what was contained in that statement. She claimed she barely told the officer anything that evening.

[40] While Ms. Canning admitted having gone to the police station on May 16, 2015, she claimed she had gone “completely against [her] will.” She was questioned about the content of the video recording of that day’s interview. She testified she “knew [she] was sitting there lying” and alleged Mr. Phillips had told her not to say anything about his own involvement and had threatened her with death if she told the police what happened in the driveway the previous day. At one point, Ms. Canning added she was “extremely high in that video statement.” The cross-examination raised numerous inconsistencies between Ms. Canning’s various accounts of what happened.

[41] In re-examination, Ms. Canning was questioned regarding the statement she herself had written. She said at the time she wrote the statement she believed it to be the truth.

[42] Three defence witnesses were called to testify at trial. Mr. Fredericks was not one of them.

[43] The first, Travis Mercer-Manning, testified he bought the grey Chevrolet Impala in February 2014 and later sold it to Jamie Cormier sometime in April of that year. In cross-examination, Mr. Mercer-Manning admitted having a lengthy criminal record and acknowledged he was serving a sentence of incarceration at the time of trial.

[44] The second defence witness was Jamie Cormier. Crown counsel informed the judge he anticipated he would refer to s. 13 of the *Charter* in his cross-examination of the witness because he expected Mr. Cormier would admit to having been the person who discharged the firearm in the direction of Ms. Canning's residence. The trial judge inquired whether this would require any special instruction to the jury and both counsel replied they did not believe so. Before Mr. Cormier testified, the judge was informed the witness would be invoking s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*.

[45] As anticipated, Mr. Cormier testified he was the one who shot at Ms. Canning's residence. From photographs introduced in evidence, he identified the firearm found behind the shed on 8<sup>th</sup> Street as the one he used in the shooting. He stated he was familiar with the area where the firearm was located because he had once lived there. Mr. Cormier also identified the grey Impala as the one from which he fired the shots.

[46] Mr. Cormier claimed he resided close to the Canning residence. He testified that, on May 15, 2015, Mr. Fredericks had borrowed the Chevrolet Impala and Mr. Cormier was awaiting its return. When Mr. Fredericks arrived, he was acting hysterically and was bleeding. After telling Mr. Cormier what happened, Mr. Fredericks left in a grey Honda Civic. As for Mr. Cormier, he left in his Chevrolet Impala, went to an

address on McKenzie Avenue to retrieve his gun, and then drove further down McKenzie Avenue where he shot at Ms. Canning's home. He maintained having done so in order to send a message to the occupants. According to Mr. Cormier, he then hid the firearm behind a shed on 8<sup>th</sup> Street, abandoned his vehicle in a parking lot near his mother's home, walked to his mother's home on Willow Street and called for a taxi.

[47] Mr. Cormier acknowledged having a lengthy criminal record. The record paints a picture of Mr. Cormier as a violent person with an extreme lack of respect for court orders.

[48] During cross-examination, Mr. Cormier revealed Mr. Fredericks is his brother-in-law. When questioned about physical descriptions, he said he, himself, stood at six feet to six feet, one inch and that Mr. Fredericks is taller "by a great amount [...] probably six-six." Mr. Cormier has a visible scar on the left side of his face which, he explained, was caused by an old injury. The scar was described as descending from Mr. Cormier's left eye all the way down to his jaw. He stated that, unlike Mr. Fredericks, who was bleeding from the face when he returned the vehicle, he did not have any fresh injuries on the day in question.

[49] Mr. Cormier claimed having become aware of Mr. Fredericks' arrest about a week after the shooting incident. Although he knew Mr. Fredericks was facing charges arising from the incident, Mr. Cormier did not offer to give the police any statement because he knew this would lead to him being charged. He explained having come forth in court because he wanted to do the "right thing." "[T]hat's why I'm here [...] today". At this point in the cross-examination, Crown counsel referred Mr. Cormier to s. 13 of the *Charter*, which provides that "[a] witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence." Mr. Cormier acknowledged general awareness of the provision and admitted knowing his testimony could not be used against him.



[50] The last defence witness was Mr. Melvin, who, on the day of the incident, resided near Ms. Canning's home. According to him, Ms. Canning called him that day asking if he would drive her to get some "speed." When he arrived at her residence, she and a person he knew only as "Lenny" exited the house. Ms. Canning did not immediately get into his van. Instead, she began ranting, at which point he observed Mr. Fredericks who was seated in a grey car that had pulled in behind the van. As Mr. Fredericks was asking to speak to him, Mr. Melvin got out of his van and went over to the grey vehicle. Mr. Fredericks told him not to lend any assistance to Ms. Canning. Meanwhile, Ms. Canning was "mouthing off," saying Mr. Melvin could be friends with whomever he wanted. According to Mr. Melvin, as Mr. Fredericks was throwing a bottle of "Ensure" out the window, it struck Mr. Melvin's arm and the contents spilled on Ms. Canning. Ms. Canning "started yelling," so Mr. Phillips exited the van and punched Mr. Fredericks in the face two or three times. Mr. Phillips was blocking Mr. Fredericks' ability to get out of his car, so Mr. Fredericks used a Taser. At this point, Mr. Phillips "pulled out a pair of Lena's scissors out of his back pocket and stabbed [Mr. Fredericks] in the face." Mr. Fredericks backed out of the driveway and left, yelling at Mr. Melvin not to do anything for Ms. Canning and uttering profanities. Mr. Melvin then returned home.

[51] Mr. Melvin testified that, about 15 minutes after he left Ms. Canning's home, he was sitting on his front doorstep having a cigarette when he heard "a couple of pops." Initially, he thought it might have been "kids with firecrackers." He went over to McKenzie Avenue to see what was "going on." Arriving there, he heard some "commotion coming from" Ms. Canning's house, so he went in and inquired. Ms. Canning asked him if he thought Mr. Fredericks might have fired the shots, and he replied, "no." She said to him she had not seen who shot at her house. She still wanted Mr. Melvin to drive her to get drugs, but he declined and left.

[52] According to Mr. Melvin, Ms. Canning called him later that evening from "witness protection" and asked him to pick her up at a hotel and drive her and Mr. Phillips to get some narcotics. He obliged. The three then all returned to Mr. Melvin's home. During this time, Ms. Canning was "trying to rack her head" to determine who shot at her

house. While they were at Mr. Melvin's home, someone said he heard on a scanner the police had found a car in which someone had committed suicide. This caused Ms. Canning to become upset because she believed the person could have been Mr. Fredericks. Eventually, Mr. Melvin drove Ms. Canning and Lenny back to the hotel.

[53] In cross-examination, Mr. Melvin could not explain the discrepancy between his account of Ms. Canning not knowing who had fired the shots and the recording of the 911 call in which she had clearly identified Mr. Fredericks as the shooter. Mr. Melvin acknowledged being friends with Mr. Fredericks. He admitted that, when Lenny was punching and then stabbing Mr. Fredericks in the encounter at Ms. Canning's home, he wanted Mr. Fredericks to get out of the car so they could "take care of," Mr. Phillips.

[54] At the close of their respective cases, but prior to the addresses to the jury, Crown counsel brought *R. v. Jabarianha*, 2001 SCC 75, [2001] 3 S.C.R. 430, to the attention of both the judge and defence counsel. That decision states it is usually improper for the prosecution to cross-examine a witness on his or her knowledge of s. 13 of the *Charter*. Crown counsel asked whether the judge might want to consider a special direction to the jury. Both defence and Crown counsel indicated they were not going to mention s. 13 of the *Charter* in their addresses to the jury. Later, prior to giving instructions to the jury, the trial judge informed counsel he had decided not to "venture into giving instructions as to the question put to the witness, Jamie Cormier, as to his knowledge of the protection [afforded by s. 13 of the *Charter*]."

[55] In his address to the jury, defence counsel submitted the evidence supporting a conviction was limited to the 911 recording and Ms. Canning's two statements. He argued Ms. Canning had offered credible explanations for having recanted. He also pointed to some inconsistencies between Ms. Canning's initial version and the testimony of some of the prosecution's witnesses, and he invoked consistencies between Ms. Canning's trial testimony and those of the defence witnesses. Defence counsel particularly emphasized glaring incongruences between the descriptions some of the

witnesses had given of the individual they saw on the day in question and certain photographs that depicted Mr. Fredericks' actual appearance on that day.

[56] Crown counsel began his address by summarizing some of the evidence. He submitted some of the incongruences could be explained by difficulties in recalling and describing physical characteristics of a person whom the witness did not know and whom the witness had only briefly seen. He emphasized, however, that Jeffrey Harrison's testimony could not be so discounted because he actually knew Mr. Fredericks. Recall that Mr. Harrison testified he saw Mr. Fredericks at the very location where the firearm and the jacket were later found. Crown counsel then turned to Ms. Canning's testimony and submitted she had lied to protect Mr. Fredericks, who she loved. He invited the jury to conclude Ms. Canning had been accurate and truthful regarding the identity of the shooter during the 911 call and in her two statements; and he pointed to certain indicia of reliability. Crown counsel especially emphasized the statement Ms. Canning had herself written and argued that her explanation of having been influenced by Mr. Phillips could not apply to that statement, in which she had set out the details of Mr. Phillips' involvement in the driveway incident. In that same statement, prepared unprompted, Ms. Canning again identified Mr. Fredericks as the shooter. Crown counsel submitted Mr. Fredericks and his friends concocted a story to exonerate Mr. Fredericks, and he argued their testimony was not worthy of belief.

[57] In one particularly compelling argument, Crown counsel pointed to Mr. Melvin's testimony that someone heard on a police scanner that a car had been found in which someone "had shot themselves." Both Mr. Melvin and Ms. Canning testified that, when this was said, Ms. Canning fell to the floor "bawling her eyes out" thinking Mr. Fredericks had killed himself. As Crown counsel pointed out, this reaction was consistent with Ms. Canning knowing Mr. Fredericks had just committed a serious crime and had access to a firearm. As he rhetorically asked, what else could explain such a reaction?

[58] None of the grounds of appeal allege an error in the trial judge's charge to the jury, although the last one alleges an error by omission. As a result, it will not be necessary for me to summarize the judge's instructions.

[59] The jury returned a verdict of guilty on both counts.

III. Issues on appeal

[60] As stated earlier, Mr. Fredericks raises three discrete grounds of appeal. He claims:

(1) the trial judge erred in allowing hearsay evidence to be admitted into evidence under the principled approach when the threshold reliability requirement had not been met;

(2) the trial judge erred in allowing and then not correcting questions to a witness about his awareness of the right against self-incrimination guaranteed by s. 13 of the *Charter*; and

(3) the trial judge erred in not providing any instructions as to what use could be made of the prohibition order Mr. Fredericks was alleged to have violated.

[61] Counsel for the Attorney General concedes the errors alleged in the second and third grounds of appeal. She points out both Crown and defence counsel were responsible for leading the judge to commit the errors. I agree. I do note that neither of the lawyers involved in this appeal were counsel at trial.

[62] Although conceding two errors, counsel for the Attorney General submits the appeal should nevertheless be dismissed on application of the curative proviso described in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. In summary, that provision allows a court of appeal to dismiss an appeal, notwithstanding a demonstrated error on a question of law, if the court is of the opinion no substantial wrong or miscarriage of justice occurred.

IV. Analysis

A. *Hearsay*

[63] Mr. Fredericks submits Ms. Canning’s out-of-court statements should not have been admitted under the principled approach to hearsay evidence because the threshold reliability requirement had not been met. As explained below, hearsay evidence is presumptively inadmissible. It can, however, be admitted if it falls into a category of recognized exceptions or if it is ruled admissible pursuant to the principled approach to hearsay evidence. In this case, Ms. Canning’s out-of-court statements were hearsay because the purpose of admitting them was to prove the truth of their content, specifically the identity of the shooter. None of the traditional exceptions apply in this case; therefore, admissibility had to be founded on the principled exception to hearsay. Under this exception, hearsay may be admitted if it meets the twin criteria of necessity and reliability, and if its probative value outweighs any prejudicial effect. The necessity criterion is not only met when a witness is not available to testify but also when it is the testimony of the witness that is not available, such as when a witness refuses to testify or when a witness recants an earlier statement. As for the reliability criterion, a distinction must be made between threshold reliability and ultimate reliability. The trial judge decides whether threshold reliability has been met. This happens when the hearsay “is sufficiently reliable to overcome the dangers arising from the difficulty of testing it”: *Khelawon*, at para. 49, and *R. v. Bradshaw*, 2017 SCC 35, [2017] 1 S.C.R. 865, at para. 26. Ultimate reliability, on the other hand, is for the trier of fact, in this case the jury, to decide. It involves determining whether hearsay evidence, once admitted, will be relied upon to decide the issues in the case. As with other kinds of evidence, a trial judge has the discretion to exclude hearsay evidence, even when it meets the twin criteria of necessity and reliability, if the prejudicial effect of the evidence outweighs its probative value.

[64] Mr. Fredericks conceded, both at trial and on appeal, that the necessity requirement was met because of Ms. Canning’s recantation. The errors alleged to have been committed at trial relate to the threshold reliability determination and the judge’s

failure to weigh probative value against prejudicial effect. On this last point, Mr. Fredericks' argument can be easily rejected. At the outset of the *voir dire*, counsel for Mr. Fredericks pointed to those aspects of the statements he considered more prejudicial than probative. With the consent of Crown counsel, these were redacted. Once this agreement was reached, the *voir dire* proceeded solely on the issue of threshold reliability and no argument was made that the statements, as redacted, should be excluded on the basis of their prejudicial effect outweighing their probative value. In those circumstances, there was no judicial error. In any event, once threshold reliability was established, it was clear the probative value of the evidence would outweigh its prejudicial effect.

[65] According to Mr. Fredericks, the trial judge erred in three respects in his determination threshold reliability had been established: (1) he looked at similarities in Ms. Canning's own statements as corroboration of the truth of the statements; (2) he considered motive to recant as going to the truth of the statements; and (3) he considered the importance of the evidence to the Crown's case.

[66] Recall that, in the *voir dire*, the trial judge heard testimony from Ms. Canning regarding the circumstances surrounding her having made the 911 call and having given two written statements. The judge also heard testimony from the 911 operator, from the police officer who took the first statement from Ms. Canning – the one given the night of the shooting – and from the officer who received from Ms. Canning the statement she had herself written. In addition, the content of the video-recorded interview with Ms. Canning was adduced at the *voir dire*, although the Crown was not seeking to have it admitted at trial.

[67] Defence counsel's argument at trial against admissibility was brief. He submitted threshold reliability had not been established because none of the statements the prosecution wanted admitted at trial had been made under oath, none had been made after a police warning regarding the consequences of lying, none had been video recorded, and only the 911 call had been audio recorded.

[68] The trial judge concluded threshold admissibility was established and therefore ruled the 911 recording and the statements admissible for the truth of their content. The judge recognized the statements had not been made under oath and following police warnings, but he noted other factors could serve as assurances of reliability. His reasons for decision are as follows:

The issue of reliability in the *voir dire*, the Court has to assure itself that the threshold of reliability is established by the Crown on a balance of probability. In that regard I heard Mrs. Canning who explained or [gave] reasons why she no longer remembers about certain parts of her evidence or she simply did not acknowledge to its truthfulness. The reasons she gave—were that she had been influenced by others to what she said in the 911 call, to start with the original statement was not volunteered, if I may use that term or – or the circumstances surrounding the statement or such that she had to give the statement that she did not – that she did. Upon having heard her testimony and more specifically in the cross-examination the question of admitting been influenced by Mr. Phillips or other people not mentioned or named by Mrs. – they had no foundation. There was no – what was said by Mr. Phillips about - if we accept that he told her that she should not mention any names or whatsoever; this had no effects what so – so ever on her 911 call and the similarity of the facts in her statement of May the 15 and the 30 with the 911 call are evident from reading the – reading and hearing the 911 audio. She was interviewed by Constable Loisel, who explained the circumstances of her statement on May the 15, 2015 and there is no reason or doubt as to the question of reliability. She was not coerced, forced or pressured in any way to give the statement. She was aware of it's – of its circumstances as she wanted a restraining order from the Court on Mr. Frederick[s]. It was intended that it be acted upon by her demeanour. This statement is crucial for this case. At the time she had no reasons to lie. She might have been stressed when she gave the statement, with reasons mind you, but it just gave her – she just give her statement, the 911 and her statement and the 911 call and stress that she was under and the conditions that surrounded it give it more reliability. This conclusion is reinforced by the questions on cross-examination that required the Crown to put into evidence another video. This one taken on May the 16, 2015, in this video while refusing to give a KGB

statement Mrs. Canning repeats on many, many occasions that what she said the night before in her statement was the truth and she had nothing more to add and what was said was exactly what had transpired. She is also reluctant to give a KGB because she believes that the officer might want to get information on some other crimes, drugs or whatsoever so the reasons of not giving the KGB is motivated by, and look it's what she decided to do on that day then she was not forced to, in any event, to give the previous statements. As for the reasons why Mrs. Canning is recanting her original version of event, it is – it has been made clear that she – she's still in love Mrs. – Mr. Fredericks, that's what she says, and she does not want him to be – be jailed for a long period of time. There is also a pattern of violence in their relationship and this is certainly another motivation to recant on her original version. As for the second statement signed on May the 25<sup>th</sup>, 2015 it is as reliable as the other two exhibits for the same reasons. She wrote it by herself and even called the officer to have him pick it up so it was not even asked by the officer to provide that latest statement so it was, I think, a surprise for them to get another statement and this statement is, again, for what was said in the previous statement and the 911 call in line with the – her original version of events. Even if the statement, oh sorry, on the balance of probability the threshold of reliability has been met and the Court is satisfied that the statement was made voluntarily and there is no factor which would tend to bring the administration of justice into disrepute if the statement were admitted for its truth. Even if the statement is admitted as substantive evidence I will direct the jury to consider carefully the circumstances in [assessing the credibility] of prior inconsistent statement related to Mrs. Canning testimony. As for the ultimate reliability it will be for the jury to decide.

[69] In my respectful view, the trial judge did not approach the issue of threshold reliability as he should have. I agree with Mr. Fredericks' counsel: the judge considered irrelevant factors. Nevertheless, I conclude the judge's ruling that the 911 recording and the statements were admissible is correct.

[70] As stated above, hearsay statements are presumptively inadmissible. Such statements may, however, be admitted under one of the traditional exceptions to the



hearsay rule or by application of the principled exception elaborated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, [1990] S.C.J. No. 81 (QL), and its progeny.

[71] Not all out-of-court statements constitute inadmissible hearsay. Evidence adduced solely to prove a statement was made, such as for the purpose of explaining someone's subsequent actions, do not constitute hearsay. "Hearsay is an out-of-court statement tendered for the truth of its contents": *Bradshaw*, at para. 1.

[72] The reason hearsay is presumptively inadmissible is "because – in the absence of the opportunity to cross-examine the declarant at the time the statement is made – it is often difficult for the trier of fact to assess its truth": *Bradshaw*, at para. 1. In *Khelawon*, Charron J. explains:

[...] the central reason for the presumptive exclusion of hearsay statements is the general inability to test their reliability. Without the maker of the statement in court, it may be impossible to inquire into that person's perception, memory, narration or sincerity. The statement itself may not be accurately recorded. Mistakes, exaggerations or deliberate falsehoods may go undetected and lead to unjust verdicts. Hence, the rule against hearsay is intended to enhance the accuracy of the court's findings of fact, not impede its truth-seeking function. [para. 2]

[73] However, there are instances where the dangers of hearsay are alleviated by certain circumstances. Over the years, it has been recognized that, when those circumstances exist, admitting hearsay presents minimal danger of impeding accurate fact finding. There are instances where "[a] hearsay statement, because of the way in which it came about, may be inherently reliable, or there may be sufficient means of testing it despite its hearsay form": *Khelawon*, at para. 42. Thus came the creation of traditional exceptions to the hearsay rule, because courts recognized that, in particular circumstances, it would be exclusion, rather than admission, that would impede the truth finding function of a trial. However, in some instances, a rigid application of these exceptions could lead to either "the needless exclusion of evidence in some cases, or its

unwarranted admission in others”: *Khelawon*, at para. 42. There was a call for greater flexibility. Eventually, the Supreme Court would respond. Thus, in *Khan*, the Supreme Court adopted an approach “based on the two guiding principles that underlie the traditional common law exceptions: necessity and reliability”: *Khelawon*, at para. 42.

[74] The principled approach has undergone refinement since its inception in *Khan*. Its current iteration, particularly as it relates to reliability, is found in the majority reasons in *Bradshaw*, which build on the general principles derived from *Khelawon*. On the question of threshold reliability, Karakatsanis J. for the majority explained as follows:

[...] Threshold reliability is established when the hearsay "is sufficiently reliable to overcome the dangers arising from the difficulty of testing it" (*Khelawon*, at para. 49). These dangers arise notably due to the absence of contemporaneous cross-examination of the hearsay declarant before the trier of fact (*Khelawon*, at paras. 35 and 48). In assessing threshold reliability, the trial judge must identify the specific hearsay dangers presented by the statement and consider any means of overcoming them (*Khelawon*, at paras. 4 and 49; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at para. 75). The dangers relate to the difficulties of assessing the declarant's perception, memory, narration, or sincerity, and should be defined with precision to permit a realistic evaluation of whether they have been overcome.

The hearsay dangers can be overcome and threshold reliability can be established by showing that (1) there are adequate substitutes for testing truth and accuracy (procedural reliability) or (2) there are sufficient circumstantial or evidentiary guarantees that the statement is inherently trustworthy (substantive reliability) (*Khelawon*, at paras. 61-63; *Youvarajah*, [2012 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720], at para. 30). [paras. 26-27]

[75] For a statement to be procedurally reliable, there must be adequate substitutes for the traditional method of testing of the evidence by contemporaneous cross-examination. “These substitutes must provide a satisfactory basis for the trier of fact to rationally evaluate the truth and accuracy of the hearsay statement”: *Bradshaw*, at para. 28. They “include a video recording of the statement, the presence of an oath, and a

warning about the consequences of lying” and are usually coupled with “some form of cross-examination of the declarant, such as preliminary inquiry testimony [...] or cross-examination of a recanting witness at trial”: *Bradshaw*, at para. 28.

[76] As for substantive reliability, it is established if the circumstances in which the statement was made make it inherently trustworthy. To determine this, the trial judge can also consider any evidence that corroborates or conflicts with the statement. The standard is high. It requires the judge to be satisfied “that the statement is ‘so reliable that contemporaneous cross-examination of the declarant would add little if anything to the process’”: *Bradshaw*, at para. 31, quoting from *Khelawon*, at para. 49. In assessing substantive reliability, the trial judge may consider corroborative evidence if it establishes that alternative and even speculative explanations for the hearsay statements are unavailable: *Bradshaw*, at para. 48.

[77] The Supreme Court also recognizes that procedural reliability and substantive reliability “are not mutually exclusive” and “may work in tandem”: *Bradshaw*, at para. 32; in other words, elements of both can combine to overcome the specific hearsay dangers a statement might present, even in a situation where neither procedural reliability nor substantive reliability would have sufficed on its own.

[78] Applying the appropriate framework to the facts in this case, I come to the conclusion the hearsay dangers raised by the material aspects of the statements tendered for their truth are sufficiently alleviated by both procedural and substantive reliability factors, which, although standing on their own might not have been sufficient to alleviate the danger, when combined make the statements sufficiently reliable to overcome the dangers. I come to this conclusion without resort to corroborative evidence.

[79] The first step in the threshold reliability framework is to identify the material aspect of the hearsay statements that are tendered for their truth. In the present case, this is solely the identification of Mr. Fredericks as the shooter. All other elements of the offences were proven without the need to resort to Ms. Canning’s out-of-court

statements, and none of that evidence was seriously contested, if at all, at trial. On this material aspect, the three statements tendered in evidence can effectively be treated as one in the sense that there is a commonality to all three. In each, Ms. Canning unequivocally identified Mr. Fredericks as the shooter.

[80]               The second step in the analysis is to identify the specific hearsay dangers raised by the material aspect of the statements. The real danger in the present case is the absence of contemporaneous cross-examination to test some aspects of the reliability of the assertions made in the statements. Accuracy of the statements is not an issue. The 911 call was recorded and the other two statements were signed by Ms. Canning. It is beyond question she identified Mr. Fredericks as the shooter. Similarly, memory and narration cannot be the basis for any hearsay danger in the present case. The 911 call was made immediately after the shooting and the first written statement given shortly thereafter. In my view, it is the inability to test perception and sincerity that constitute the dangers in the present case. Perception relates to the observations Ms. Canning made that caused her to claim Mr. Fredericks was the shooter. Contemporaneous cross-examination could have focused on whether Ms. Canning had actually made the observation she claimed or whether she was surmising the shooter to have been Mr. Fredericks based on their earlier animus and him having been the driver of the same vehicle from which the shots emanated. It could also have explored whether Ms. Canning was sincere in her identification of Mr. Fredericks as the shooter.

[81]               Having identified the dangers, the question to be answered is whether, considering procedural and substantive indicators of reliability, these dangers are overcome.

[82]               In my view, there are indeed sufficient indicia of procedural and substantive reliability, which, when combined, alleviate the dangers by means of adequate substitutes for contemporaneous cross-examination.

[83] Addressing first the indicia of procedural reliability, one immediately notes the absence of an oath or solemn affirmation. Mr. Fredericks argues there was also the absence of a warning about the consequences of lying. While this may have been so for the 911 call and the first statement, recall that, in the video-recorded interview admitted as evidence on the *voir dire*, the police clearly gave Ms. Canning these warnings and she still maintained Mr. Fredericks was the shooter. Thus, it cannot be said there was a total absence of warnings. Moreover, and perhaps more importantly, this is not a case where there was no opportunity at all of cross-examining the declarant. Ms. Canning was available for cross-examination as a recanting witness, at which time any questions regarding her perception and sincerity could have been raised.

[84] As for substantive reliability indicators, these are found in the circumstances in which the statements were made. The recording of the 911 call is an especially reliable statement. Almost part of the *res gestae* because it was made immediately after the shooting, the call contains much indicia of trustworthiness not only in the details Ms. Canning related to the 911 operator, but also in the emotions with which those details were provided. Particularly on the matter of sincerity, the nature and tone of the call make it inconceivable that Ms. Canning could have, as Mr. Fredericks contends, been persuaded to lie about her identification of him as the shooter. In my view, the 911 call in particular was so reliable that its content was unlikely to change under cross-examination.

[85] When the procedural and substantive indicia of reliability are combined, one cannot but conclude that the statements are sufficiently reliable to overcome the identified dangers of perception and sincerity. The dangers of perception and sincerity could easily be addressed in cross-examination at trial, something that weighs heavily in the analysis.

[86] In the end, I conclude the trial judge was right to admit the statements and leave to the jury the task of assessing their ultimate reliability.

B. *Questioning a witness re: awareness of s. 13 of the Charter*

[87] Mr. Fredericks submits it was an error of law for the judge to have allowed Crown counsel to cross-examine Mr. Cormier on his knowledge of s. 13 of the *Charter*. As noted, this section provides that any “witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.”

[88] Mr. Fredericks claims the error was compounded by the judge’s failure to instruct the jury appropriately once the cross-examination was erroneously allowed. To support his argument, Mr. Fredericks points to the Supreme Court’s decision in *Jabarianha*, in which the Court held it was not proper for Crown counsel to cross-examine a witness regarding his or her knowledge of s. 13 of the *Charter*, except in rare circumstances, such as when there is evidence of a plot to lie or to obtain favours from the testimony.

[89] In the following paragraph, Major J. explains the Supreme Court’s reasoning for such a ruling:

Given that the protection of s. 13 is limited, and the witness’s knowledge of the protection may be incorrect, the jury might wonder, and perhaps need instruction, about the inferences it should draw from a witness's potentially imperfect knowledge of s. 13 of the *Charter*, as well as the extent to which a witness felt immune from prosecution. Such a process could shift the jury’s focus from the accused's innocence or guilt to the witness’s understanding of the consequences of testifying under the limited protection of the *Charter*. There is also a real risk that a jury would give improper emphasis to the application of the limited protection of s. 13 of the *Charter*: see *R. v. Swick* (1997), 35 O.R. (3d) 472 (C.A.), per Rosenberg J.A., at p. 478. These types of questions before a judge and jury have serious potential to be prejudicial. These types of questions before a judge sitting alone, as was the case here,

are less likely to be as harmful, but in either case should be avoided. [para. 22]

[90] Major J. goes on to explain that, in some circumstances, such probing of a witness may “encroach on privileged information” where the witness received counsel on the protection guaranteed by s. 13. He also points out that “[a] witness’s knowledge of the law is not co-extensive with a tendency to lie” (para. 26), which makes cross-examination on the witness’s knowledge of s. 13 of little or no probative value. On the other hand, the effect of this type of questioning could be prejudicial.

[91] Although it was an error for the trial judge to have allowed Crown counsel to cross-examine Mr. Cormier on his understanding of, and reliance on, s. 13 of the *Charter*, it was an error with very little consequence. Mr. Cormier admitted he had not gone to the police to report his involvement in the shooting despite knowing his good friend was charged with having fired the shots at Ms. Canning’s house. Mr. Cormier also stated he did not want to give a statement to the police because he knew it would result in charges, so “that’s why I’m here [...] today.” The protection afforded by s. 13 of the *Charter* was only raised after Mr. Cormier had already offered these explanations. Defence counsel did not object to Crown counsel’s cross-examination, except to point out a discrepancy regarding the extent of the protection after Crown counsel erroneously suggested it would protect Mr. Cormier against being arrested for the crime. Neither did defence counsel seek any special instruction from the judge once Crown counsel brought *Jabarianha* to his attention. Both sides agreed they would make no mention of s. 13 of the *Charter* in their address to the jury. In my view, defence counsel at trial knew full well the insignificant impact the reference to s. 13 of the *Charter* would have in the circumstances. This is why he did not ask the judge to intervene further. In my view, when both lawyers informed the judge they would not be making any reference to Mr. Cormier’s awareness of his s. 13 *Charter* rights in their arguments to the jury, the judge was justified to decide more harm than good would arise from his bringing the error to the attention of the jury.

C. *The prohibition order*

[92] Mr. Fredericks acknowledges the Crown was required to prove he had been ordered not to possess any firearms as an essential element of the second count in the indictment. However, Mr. Fredericks submits the jury should have been clearly instructed the evidence could only be used for this specified purpose. The judge did not give the jury a limiting directive on this issue. Because the prohibition order contained a reference to a criminal conviction for an offence under s. 244 of the *Criminal Code*, Mr. Fredericks says it was critical for the jury to be carefully instructed in order to avoid propensity reasoning.

[93] As stated above, counsel for the Attorney General concedes the exhibit admitted at trial should have been vetted to remove the reference to the previous conviction and the jury should have been cautioned against propensity reasoning.

[94] The Attorney General's concession is a sensible one. There is simply no question Crown counsel at trial should have vetted the prohibition order and removed the reference to the previous offence before tendering it for admission at trial; no question defence counsel at trial should have objected to the admission of the prohibition order without such a redaction; no question both counsel should have advised the judge to caution the jury against propensity reasoning; no question the judge should have not admitted the unredacted prohibition order; and, no question the judge should have cautioned the jury about the limited use it could make of the prohibition order.

[95] Without diminishing the seriousness of these errors, I note their impact could have been much more significant had there been examination or cross-examination regarding the prohibition order, had the order contained any detail regarding the previous conviction other than the mention of the *Criminal Code* section number, or had the prosecutor invited the jury to use propensity reasoning. None of this occurred.



D. *The curative proviso*

[96] Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* provides that even where the judgment of the trial court is tarnished by legal error, an appeal may still be dismissed if the court of appeal “is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred.” This is referred to as the curative proviso. The Supreme Court has stated there are two situations where the use of the curative proviso is appropriate: “(1) where the error is harmless or trivial; or (2) where the evidence is so overwhelming that, notwithstanding that the error is not minor, the trier of fact would inevitably convict”: *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at para. 53, summarizing the principles set out in *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at paras. 29-31.

[97] In my view, both of the errors the Crown concedes were made fall into the first of these categories.

[98] Regarding the first, I note that, in *Jabarianha*, the Supreme Court applied the curative proviso notwithstanding the error of allowing Crown counsel to raise s. 13 of the *Charter* in cross-examination of a defence witness. In my view, while Mr. Cormier’s knowledge of s. 13 should not have been explored on cross-examination, it cannot be said to have been the basis for the rejection of his testimony. Mr. Cormier was an unsavoury witness, with a lengthy criminal record, whose testimony was at odds not only with Ms. Canning’s statements, but also with the unshaken testimonies of two other witnesses who had no motive to lie: (1) Jeffrey Harrison, who knew Mr. Fredericks and saw him go behind the shed where the gun was found wrapped in a jacket on which Mr. Fredericks’ DNA was found; and (2) Karylin Anderson, who saw a man with blood on him exit the same vehicle from which the gunshots had been fired.

[99] As for the second error, any propensity reasoning arising out of the admission of the unvetted prohibition order cannot be said to have played a role in the determination of the identity of the shooter. Identity was solidly established by the

evidence the jury obviously found credible: Ms. Canning's statements together with the testimony of Mr. Harrison and Ms. Anderson.

[100] The characterization of these two errors as harmless is supported by the fact Mr. Fredericks' trial counsel did not object to either Crown counsel's cross-examination of Mr. Cormier on his knowledge of s. 13 of the *Charter* or the admission of the unvetted prohibition order, did not ask the judge to give any particular instructions to the jury regarding these two errors, and did not object to the judge's instruction to the jury. While these failures of trial counsel do not relieve the trial judge of his responsibilities and are not fatal to Mr. Fredericks raising these errors on appeal, they are indicative the errors were not considered serious.

V. Disposition

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

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] À la fin d'un procès devant jury, Shawn Murray Fredericks a été déclaré coupable : (1) d'avoir déchargé intentionnellement une arme à feu en direction du domicile de Lena Canning sachant qu'il s'y trouvât une personne ou sans se soucier qu'il s'y trouvât ou non une personne (infraction visée à l'al. 244.2(3)b) du *Code criminel*) et (2) d'avoir eu une arme à feu en sa possession pendant que cela lui était interdit par une ordonnance judiciaire (infraction visée à l'al. 117.01(3)a)). Le juge du procès a condamné M. Fredericks à des peines d'emprisonnement consécutives totalisant neuf ans. Le juge a aussi rendu des ordonnances accessoires en vertu de diverses dispositions du *Code criminel*.

[2] La principale question à trancher lors du procès était celle de l'identification de M. Fredericks comme le tireur. M. Fredericks a fait valoir que son identité n'avait pas été prouvée hors de tout doute raisonnable. De toute évidence, le jury était d'un autre avis. M. Fredericks fait maintenant appel de sa déclaration de culpabilité et affirme que le juge du procès a commis trois erreurs de droit distinctes. L'une de ces erreurs se rapportait à l'admission d'une preuve par ouï-dire sur le fondement de la méthode d'analyse raisonnée de la règle du ouï-dire; une autre a trait au contre-interrogatoire inapproprié, permis par le juge, d'un témoin à décharge; et la troisième a trait au défaut du juge de donner une directive au jury sur l'usage restreint qu'il pouvait faire de l'ordonnance d'interdiction présentée en preuve. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel. En somme, je conclus que le juge n'a commis aucune erreur lorsqu'il a admis la preuve par ouï-dire en se fondant sur la méthode d'analyse raisonnée et, bien que l'avocate du procureur général admette les deux derniers moyens, je souscris à son observation selon laquelle ces erreurs n'ont causé ni tort important ni erreur judiciaire grave.

## II. Contexte factuel

[3] Tôt dans la soirée du 15 mai 2015, au domicile de M<sup>me</sup> Canning situé sur l'avenue McKenzie, à Moncton, M<sup>me</sup> Canning et deux hommes, Lenny Phillips et Nathan Melvin, montaient dans la fourgonnette de M. Melvin lorsque M. Fredericks est arrivé au volant d'un véhicule gris de marque Chevrolet Impala. M<sup>me</sup> Canning, qui avait déjà eu une relation avec M. Fredericks, s'est approchée de l'Impala pour lui parler. Il s'en est suivi un affrontement verbal. À un moment donné, on a lancé par la fenêtre du conducteur une bouteille contenant un substitut de repas à boire dont le contenu s'est répandu sur M<sup>me</sup> Canning. L'affrontement s'est envenimé. L'ami de M<sup>me</sup> Canning, M. Phillips, est sorti de la fourgonnette, s'est approché de l'Impala et, par la fenêtre ouverte du conducteur, a frappé et poignardé au visage M. Fredericks, qui a été blessé et qui saignait. M. Fredericks a fini par s'en aller en voiture.

[4] Peu après cet affrontement, quelqu'un a fait feu en direction du domicile de M<sup>me</sup> Canning. Cela s'est produit vers 18 h 30, au moment où Shawna Douthwright marchait avec sa fille sur l'avenue McKenzie. M<sup>me</sup> Douthwright a vu ce qu'elle a décrit comme une vieille automobile de couleur argent s'approcher dans la mauvaise voie et s'arrêter brièvement. Elle a ensuite entendu ce qu'elle a cru être [TRADUCTION] « trois coups de feu » avant de voir l'automobile partir en vitesse. Même si M<sup>me</sup> Douthwright ne se trouvait qu'à environ 15 à 20 pieds du véhicule lorsqu'il s'est arrêté, sa visibilité était quelque peu réduite par le reflet du soleil sur le pare-brise. Elle a néanmoins pu constater que le véhicule n'avait qu'un seul occupant, qu'elle a décrit comme un homme âgé d'environ 20 à 30 ans qui était blond ou qui avait la tête rasée. Elle n'a pas vu d'arme à feu.

[5] Pendant ce temps, Peter Shannon parlait à son beau-père non loin de là, plus haut sur l'avenue McKenzie, lorsqu'il a entendu ce qu'il a décrit comme [TRADUCTION] « peut-être cinq coups de feu ». Il a ensuite vu un véhicule gris descendre la rue à toute vitesse. Il a pu noter le numéro de plaque d'immatriculation de ce véhicule : GSP 758.

[6] Immédiatement après les coups de feu tirés, Lena Canning a appelé le service d'urgence 911. On a reçu l'appel à 18 h 38. M<sup>me</sup> Canning a dit au service 911 que son ex-petit ami, M. Fredericks, avait fait feu en direction de son domicile à partir de ce qu'elle a décrit comme un véhicule gris de marque Lumina qui avait une bosse à l'arrière. Elle a dit que le véhicule a ensuite filé sur l'avenue McKenzie vers la promenade Killam. L'enregistrement de l'appel révèle une appelante apparemment bouleversée, qui était néanmoins cohérente dans sa description de l'incident. M<sup>me</sup> Canning a déclaré que M. Fredericks était le seul occupant du véhicule d'où les coups de feu ont été tirés. Elle l'a décrit comme un homme de 32 ans qui mesurait six pieds et six pouces et qui était couvert de tatouages. Elle a dit à deux reprises qu'elle voulait obtenir une [TRADUCTION] « ordonnance interdictive » contre lui.

[7] La police a répondu rapidement à l'appel au service 911. Sur les lieux, les policiers ont trouvé des trous de balle dans le bardage et la paroi intérieure de la maison de M<sup>me</sup> Canning. Des balles et des fragments de balles ont été recueillis. Ce soir-là, un policier a recueilli la déclaration de M<sup>me</sup> Canning. Le policier a transcrit la déclaration au fur et à mesure que M<sup>me</sup> Canning relatait les événements. On a ensuite demandé à M<sup>me</sup> Canning de lire la déclaration et de la signer, ce qu'elle a fait.

[8] Dans sa déclaration, M<sup>me</sup> Canning a relaté l'affrontement verbal avec M. Fredericks en présence de Nathan Melvin et de M. Phillips, affrontement qui a eu lieu peu avant 18 h à ses dires. Elle a déclaré que M. Fredericks avait lancé un [TRADUCTION] « carton de lait » en sa direction. Elle n'a toutefois pas mentionné l'affrontement entre M. Phillips et M. Fredericks.

[9] Selon la déclaration de M<sup>me</sup> Canning, en quittant les lieux après l'affrontement, M. Fredericks a crié qu'[TRADUCTION] « il allait chercher un pistolet ». À ce moment, M<sup>me</sup> Canning est rentrée dans sa maison pour se laver. M. Phillips l'a suivie. M. Melvin est parti. Environ un quart d'heure plus tard, M<sup>me</sup> Canning a vu le même véhicule passer par là et a vu M. Fredericks, le seul occupant du véhicule, prendre un pistolet, qui ressemblait à un pistolet de calibre .45, et faire feu

en direction de sa maison. Le véhicule ne s'est pas arrêté. Il n'a fait que ralentir devant la maison. M<sup>me</sup> Canning a crié et s'est baissée au moment où [TRADUCTION] « six à huit coups » ont été tirés.

[10] Dans sa déclaration, M<sup>me</sup> Canning a affirmé qu'un ou plusieurs appels ont été faits à partir du téléphone de M. Fredericks au sien à elle à la suite des coups de feu tirés, mais elle n'y a pas répondu.

[11] On a demandé à M<sup>me</sup> Canning de se rendre au poste de police le lendemain pour faire une seconde déclaration, celle-ci sous serment. Elle a répondu qu'elle voulait y réfléchir.

[12] Jeffrey Harrison vivait sur la 8<sup>e</sup> Rue à Moncton. Il connaissait M. Fredericks depuis environ 12 ans; cependant, ils n'avaient eu en réalité que quelques interactions et il ne le connaissait que sous le prénom de « Shawn ». Le soir des coups de feu tirés, M. Harrison a vu ce qu'il a décrit comme un véhicule gris de marque Chevrolet Impala s'engager dans la voie d'accès de l'autre côté de la rue. M. Harrison a vu M. Fredericks sortir du véhicule et aller derrière une remise située à proximité, puis derrière un immeuble d'habitation. Après avoir passé quatre ou cinq minutes derrière l'immeuble d'habitation, M. Fredericks est ensuite retourné derrière la remise, où il a passé du temps à faire quelque chose avec du contreplaqué et des pneus. Il est ensuite retourné à l'automobile et est parti. M. Harrison n'a pas vu M. Fredericks porter quoi que ce soit, quoiqu'il ait expliqué que sa vue était partiellement obstruée par le véhicule.

[13] M. Harrison a décrit M. Fredericks comme une personne [TRADUCTION] « grande, élancée et maigre ». Il a identifié M. Fredericks comme l'accusé lors du procès, en précisant toutefois que ce dernier avait pris du poids avant le procès. Selon M. Harrison, la personne qu'il a vue avait la tête rasée, mais n'était pas totalement chauve. Il a vu des cheveux, qu'il a décrits comme [TRADUCTION] « châtain clair » ou [TRADUCTION] « bruns ». M. Harrison a affirmé que M. Fredericks portait une chemise à manches longues blanche ou de couleur os.

[14] À un moment donné pendant la soirée du 15 mai 2015, Karylin Anderson et sa mère sont arrivées à leur domicile situé sur la rue Prince, à Moncton. En arrivant, elles ont remarqué qu'un homme avait stationné son véhicule dans leur place de stationnement. La mère de M<sup>me</sup> Anderson a demandé à l'homme d'un signe de la main de déplacer son véhicule, et il l'a déplacé [TRADUCTION] « quelques places de stationnement plus loin ». M<sup>me</sup> Anderson a décrit le véhicule comme une berline grisâtre. Elle a dit que l'homme avait du sang sur lui et qu'il saignait du côté droit du visage. Elle l'a décrit comme un homme blanc qui portait un chandail et un jean et qui était [TRADUCTION] « [l]égèrement plus grand qu[']elle », bien qu'elle ait précisé plus tard qu'elle n'était [TRADUCTION] « pas certaine de la taille exacte ». M<sup>me</sup> Anderson mesure environ cinq pieds et sept pouces ou cinq pieds et huit pouces. Elle n'a pas vu les cheveux de l'homme parce qu'il portait une casquette. M<sup>me</sup> Anderson est entrée dans l'immeuble, d'où elle a pris une photo de l'homme parce qu'il avait du sang sur lui et qu'il [TRADUCTION] « se comportait de manière un peu anormale ». La photo s'est toutefois révélée trop floue pour être d'une utilité quelconque. De sa fenêtre, M<sup>me</sup> Anderson a vu l'homme sortir un sac du coffre du véhicule avant de partir en traversant leur cour arrière.

[15] John Larabee était le concierge de l'immeuble d'habitation situé sur la rue Prince. Selon lui, vers 19 h 30 à 20 h le 15 mai 2015, juste à la tombée de la nuit, l'une des locataires lui a signalé qu'une automobile était stationnée dans sa place et que, lorsqu'on lui a fait signe de la déplacer, son conducteur a simplement pris une autre place. Dès qu'il a pris connaissance de la situation, M. Larabee est allé dehors et a trouvé l'automobile abandonnée, mais son moteur tournait encore au ralenti. Il a passé sa main à l'intérieur et a coupé le contact. Il n'y avait personne dans les environs. M. Larabee a remarqué que l'arrière du véhicule était [TRADUCTION] « enfoncé et [que] de l'essence s'échappait ». L'épouse de M. Larabee a appelé la police. Des policiers sont arrivés sur les lieux après quelques minutes. Lors du procès, M. Larabee a identifié la Chevrolet Impala grise que M. Fredericks conduisait comme le véhicule qu'il avait vu dans le stationnement. Il a pu l'identifier à la bosse qui se trouvait à l'arrière du véhicule. Le

numéro de plaque d'immatriculation du véhicule correspondait à celui que Peter Shannon avait noté.

[16] Pierre Michaud travaillait comme répartiteur et chauffeur auprès d'une entreprise de taxi. Le soir du 15 mai 2015, il a reçu un appel pour aller prendre un client à une adresse sur la rue Willow à Moncton. Il n'était pas certain de l'heure de l'appel, mais il croyait que l'appel avait été fait vers 17 h ou 18 h puisqu'il faisait jour. Lorsqu'il est arrivé, quelqu'un a ouvert la porte du domicile et lui a fait signe que le passager avait besoin d'environ une minute seulement. Peu après, une autre personne est sortie et a pris place dans le taxi sur le siège du passager avant. Le passager a indiqué à M. Michaud où il voulait aller et a fini par sortir du taxi près de l'intersection des avenues Douglas et Pacific. M. Michaud a décrit son passager comme un homme d'environ six pieds, qui avait une cicatrice à la joue gauche. À son avis, la plaie [TRADUCTION] « semblait être en voie de cicatrisation » et n'était pas [TRADUCTION] « une nouvelle plaie ». M. Michaud a dit que la personne qu'il a prise portait un jean et un t-shirt. Il n'a vu aucun tatouage sur la personne.

[17] Un ou deux jours plus tard, on a demandé à M. Michaud de se présenter au poste de police. M. Michaud dit qu'il ne savait pas alors que des coups de feu avaient été tirés, tel qu'il a été décrit précédemment. M. Michaud a fait une déclaration à la police et a par la suite observé des photos lors d'une séance d'identification photographique. Il a identifié M. Fredericks comme le passager qu'il avait pris au 2, rue Willow le 15 mai.

[18] M<sup>me</sup> Canning s'est présentée au poste de police le 16 mai 2015. Elle a reçu toutes les mises en garde habituellement associées à une déclaration de type *K.G.B.* (nommée d'après la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. B (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, [1993] A.C.S. n° 22 (QL)). Ces mises en garde portaient notamment sur l'usage permis de la déclaration et sur les conséquences d'une fausse déclaration. Le policier a informé M<sup>me</sup> Canning qu'il enquêtait sur la possibilité d'une tentative de meurtre par M. Fredericks. Elle a refusé de faire une déclaration sous serment. Il semble que son refus reposait en partie sur sa conviction selon laquelle :



(1) M. Fredericks n'avait pas eu l'intention de la tuer lorsqu'il a fait feu en direction de sa maison; et (2) M. Fredericks avait seulement besoin d'aide. La raison principale du refus par M<sup>me</sup> Canning de faire une déclaration sous serment était toutefois qu'elle croyait que la police lui soutirerait des renseignements sans aucun lien avec l'incident de la veille. Elle craignait d'être interrogée au sujet de la drogue. M<sup>me</sup> Canning a dit au policier que la police devrait se fier à la déclaration qu'elle avait déjà donnée, qu'elle a qualifiée de récit véridique.

[19] L'interrogatoire enregistré sur bande vidéo qui a été mené par la suite, quoique hors serment, a révélé une femme en désarroi qui a donné des précisions sur l'incident du 15 mai qui concordaient avec le contenu de sa déclaration initiale. Elle s'est exprimée avec fermeté lorsqu'elle en est venue à identifier M. Fredericks comme le tireur.

[20] Les jours suivants, M<sup>me</sup> Canning a écrit une déclaration de trois pages de sa propre écriture. Elle l'a fait de son propre gré et sans que quiconque n'en fasse la demande. La déclaration a été remise à la police le 25 mai 2015. La première partie de la déclaration est reproduite ci-dessous, à l'exception de corrections rédactionnelles mineures et insignifiantes :

[TRADUCTION]

Moi et Lenny partions pour aller au magasin dans la fourgonnette de Nathan. Lenny était à bord de la fourgonnette de même que Nathan. Je fermais la porte de ma maison lorsque Shawn est entré dans ma voie d'accès en voiture.

J'ai marché jusqu'à l'automobile que Shawn conduisait et nous avons eu un désaccord quant au fait que je me faisais conduire par Nathan. Nathan est sorti de la fourgonnette et est venu à l'automobile.

Shawn a alors dit à Nathan qu'ils ne seront plus des amis s'il m'amène où que ce soit. Cela dure une minute et l'un d'eux finit par dire [TRADUCTION] « bordel de merde ».

Shawn lance ensuite une boisson Ensure, qui se répand partout sur moi.

J'en ai assez de la situation et je dis à Nathan que je me rendrai au magasin à pied plus tard.

Je demande alors à Lenny de venir dans la maison. Il me voit couverte de lait et sort de la fourgonnette, se rend à l'automobile, passe sa main à l'intérieur et se met juste à frapper Shawn, qui a alors les mains sur le volant et qui s'apprête à sortir de la voie d'accès.

Lenny donne un coup de pied sur l'automobile en essayant d'en faire sortir Shawn pendant que Shawn, de toute apparence, cherche à se saisir de sa ceinture de sécurité pour sortir de l'automobile et se défendre.

Je tentais de convaincre Lenny d'arrêter parce que ce qu'il faisait n'était pas justifié. Je n'approuvais pas le fait qu'il agisse ainsi. Lenny n'avait passé que quelques heures chez moi avant ces événements. Il avait reçu son congé du centre de désintoxication ce jour-là. Il passait la nuit chez moi en attendant de se faire conduire à Sussex.

Tout comme l'affrontement se poursuivait, Lenny a sorti quelque chose de sa poche et a poignardé Shawn au visage, en manquant son œil de peu.

Cette conduite était extrême et injustifiée. Shawn lui a alors donné une décharge de pistolet Taser, mais le pistolet n'était pas bien chargé et n'a pas fait de dommages.

Lenny a ensuite laissé Shawn partir, et ce dernier est sorti de la voie d'accès en criant quelque chose. Je n'ai pas bien entendu.

[21] Dans cette déclaration, M<sup>me</sup> Canning explique ensuite que ses enfants étaient ailleurs au moment de l'incident. Elle précise qu'elle ne savait pas que M. Phillips avait retiré de sa maison les ciseaux dont il s'est servi pour poignarder M. Fredericks et ajoute qu'il n'avait aucune raison de les prendre. La déclaration se termine ainsi :

[TRADUCTION]

Lenny et moi sommes rentrés dans la maison, où je lui ai

crié après et je lui ai demandé pourquoi il aurait pris les ciseaux en premier lieu.

Il était debout dans la cuisine et je suis partie, j'ai descendu mon premier escalier, je me suis arrêtée, j'ai regardé par la fenêtre et j'ai vu Shawn passer devant la maison en voiture. J'ai ensuite entendu des coups de feu, j'ai couru à la chambre de ma fille et je me suis cachée dans un coin, où je suis demeurée environ dix minutes.

[22] L'enquête policière a mené à la saisie du véhicule gris de marque Chevrolet Impala qui se trouvait dans le parc de stationnement sur la rue Prince. La police a trouvé une douille de balle dans l'une des buses du véhicule. La police a aussi constaté la présence d'une substance sur la console centrale du véhicule et a prélevé un échantillon de cette substance. Le 17 mai 2015, une carabine enveloppée dans une veste de cuir a été trouvée dissimulée derrière la remise située sur la 8<sup>e</sup> Rue, où M. Harrison avait vu M. Fredericks. Une substance présente sur la veste a été prélevée par écouvillonnage.

[23] Des analyses d'experts des conclusions de l'enquête ont révélé ce qui suit : (1) les fragments trouvés dans les murs de la maison de M<sup>me</sup> Canning auraient pu provenir de la carabine trouvée derrière la remise située sur la 8<sup>e</sup> Rue; (2) la douille trouvée dans l'Impala grise avait été engagée dans le mécanisme de cette même carabine; (3) le prélèvement par écouvillonnage effectué sur la bordure de la veste de cuir qui était enroulée autour de la carabine et celui de la substance présente sur la console de l'Impala grise ont tous deux révélé la présence d'ADN qui, il était extrêmement fort probable provenait de M. Fredericks.

[24] M. Fredericks a été arrêté le 22 mai 2015. Il a été accusé d'avoir intentionnellement déchargé une arme à feu en direction de la maison de M<sup>me</sup> Canning, sachant qu'il s'y trouvât une personne ou sans se soucier qu'il s'y trouvât ou non une personne (infraction prévue à l'art. 244.2 du *Code criminel*) et d'avoir eu une arme à feu en sa possession pendant que cela lui était interdit par une ordonnance judiciaire (infraction visée à l'al. 117.01(3)a)). Il a choisi de subir un procès devant juge et jury.

[25] Lors du procès, la cause du poursuivant a révélé les faits exposés précédemment, sauf que Lena Canning s'est rétractée et a nié que M. Fredericks était le tireur. Comme je l'explique ci-après, le poursuivant a donc cherché à faire admettre l'enregistrement de l'appel au service d'urgence 911 et les deux déclarations écrites de M<sup>me</sup> Canning, sur le fondement de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire. L'interrogatoire enregistré sur bande vidéo a été pris en considération pendant le voir-dire, mais il n'a pas été présenté en preuve pendant le procès.

[26] M<sup>me</sup> Canning avait été assignée à comparaître au procès et était présente à certains moments du procès; elle n'était toutefois pas présente lorsqu'est venu le moment pour elle de témoigner. Un mandat d'arrestation a été décerné contre elle. Dans l'heure qui a suivi, M<sup>me</sup> Canning s'est présentée en cour et a expliqué qu'elle avait dû veiller à ses obligations familiales. Après un avertissement sévère, on lui a ordonné de revenir en cour le lendemain. Elle y est retournée et a témoigné après avoir prêté le serment habituel.

[27] En ce qui concerne les événements du 15 mai 2015, M<sup>me</sup> Canning a décrit les circonstances dans lesquelles M. Melvin était venu à son domicile afin de la conduire, en compagnie de M. Phillips, à un magasin. M. Phillips était déjà monté dans la fourgonnette de M. Melvin lorsque M. Fredericks est arrivé et a commencé à crier après elle. Une altercation verbale s'en est suivie. M. Fredericks a prévenu M. Melvin que, s'il se liait d'amitié avec M<sup>me</sup> Canning, leur propre amitié serait chose du passé. Pendant l'altercation, M. Fredericks a lancé une bouteille d'« Ensure » en direction de M<sup>me</sup> Canning. Elle a tourné le dos pour se diriger à pied vers sa maison. En marchant, elle a entendu un [TRADUCTION] « vacarme », s'est retournée et a vu M. Philipps avec les mains à l'intérieur de l'automobile de M. Fredericks. Il avait les mains autour de la gorge de M. Fredericks et il l'a ensuite frappé au visage [TRADUCTION] « encore et encore ». M<sup>me</sup> Canning dit qu'elle s'est rendue au véhicule et a tenté d'arrêter M. Phillipps. Lorsqu'elle est finalement parvenue à le faire, M. Fredericks a quitté les lieux en criant après eux.

[28] On a montré à M<sup>me</sup> Canning une photo du véhicule gris de marque Chevrolet Impala. Elle a témoigné qu'il paraissait semblable au véhicule que M. Fredericks conduisait, à l'exception de la grosse bosse à l'arrière. Ce témoignage contredisait manifestement ses déclarations au service d'urgence 911 et à la police le soir de l'incident.

[29] M<sup>me</sup> Canning a précisé la suite de l'altercation. Elle a expliqué que, lorsqu'elle et M. Phillips se sont retirés dans la maison, elle [TRADUCTION] « est devenue complètement folle » parce que les mains de M. Phillips étaient couvertes de sang, et elle a ajouté : [TRADUCTION] « Je faisais juste lui crier après [...] si affreusement que je croyais que j'allais vomir. » M<sup>me</sup> Canning a témoigné qu'elle a par la suite descendu le premier escalier dans sa maison, regardé par la fenêtre et remarqué un véhicule qui passait devant la maison. Selon elle, cela s'était produit environ vingt minutes après l'affrontement survenu à l'extérieur de sa maison. Elle a poursuivi en déclarant que, bien qu'elle ait d'abord cru que le conducteur du véhicule était M. Fredericks, elle n'était plus certaine [TRADUCTION] « du tout que c'était Shawn ». Elle a expliqué qu'après réflexion, la personne ne lui ressemblait pas. M<sup>me</sup> Canning a affirmé que la personne qui conduisait le véhicule ne portait pas une chemise noire, ce qu'elle avait dit que M. Fredericks portait lors de l'affrontement dans sa voie d'accès. Elle a aussi affirmé que, contrairement à M. Fredericks, le conducteur n'avait pas les cheveux noirs et n'était pas tatoué. M<sup>me</sup> Canning a nié avoir vu une arme à feu. Elle croyait que les coups de feu avaient été tirés sans que le véhicule s'immobilise.

[30] M<sup>me</sup> Canning a témoigné qu'elle avait cherché à se mettre à l'abri des coups de feu dans la chambre à coucher de sa fille. Ce faisant, elle avait échappé son téléphone cellulaire. Après les coups de feu tirés, le téléphone cellulaire a sonné à répétition, mais elle a nié savoir qui appelait. Selon M<sup>me</sup> Canning, M. Phillips a fini par prendre son téléphone et l'a exhortée à appeler le 911. M<sup>me</sup> Canning a hésité parce qu'elle s'inquiétait pour ses enfants, mais M. Phillips a insisté. De toute évidence pour expliquer sa rétractation, M<sup>me</sup> Canning a dit à la cour qu'elle [TRADUCTION] « a été amenée à faire certaines déclarations ». Toutefois, à ce moment pendant son interrogatoire, elle n'a

pas nié la véracité des renseignements qu'elle a fournis pendant l'appel au service 911. Elle a simplement précisé qu'elle ne se souvenait pas de ce qu'elle avait dit pendant l'appel au service 911. Lorsqu'on a fait entendre l'enregistrement de l'appel, M<sup>me</sup> Canning a reconnu qu'il s'agissait de sa voix au téléphone, mais elle a affirmé : [TRADUCTION] « Tout l'appel me consterne, toute la maudite affaire. »

[31] À ce moment pendant le procès, l'avocat du ministère public a invoqué le par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, et a demandé la permission de contre-interroger M<sup>me</sup> Canning sur ses déclarations antérieures. Étant donné que la décision du juge de permettre le contre-interrogatoire n'est pas contestée en appel, il n'est pas nécessaire de décrire le processus qui a amené le juge à permettre le contre-interrogatoire. Avant le début du contre-interrogatoire, le juge a donné au jury une directive de mi-procès pour expliquer que l'enregistrement de l'appel au service 911 n'était admis que [TRADUCTION] « comme élément du récit et non pas pour prouver la véracité de son contenu ».

[32] Le contre-interrogatoire sur les déclarations antérieures de M<sup>me</sup> Canning mené par l'avocat du ministère public ne portait que sur l'appel au service 911 et les deux déclarations écrites : celle écrite par le policier le soir de l'incident et celle rédigée par M<sup>me</sup> Canning elle-même quelques jours plus tard. Aucune question n'avait trait à l'interrogatoire du 16 mai 2015. L'avocat du ministère public a relevé plusieurs incompatibilités entre le témoignage de M<sup>me</sup> Canning et ses déclarations antérieures. En tentant d'expliquer ces incompatibilités, M<sup>me</sup> Canning a nié avoir fait certaines assertions contenues dans ses déclarations et a allégué que M. Phillips l'avait menacée. Pour ce qui est de sa déclaration manuscrite, M<sup>me</sup> Canning a témoigné qu'elle [TRADUCTION] « se faisait harceler par les services de protection de l'enfance et la police environ trente fois par jour » et qu'elle n'avait donc pas eu le temps de réfléchir, en laissant entendre que ce n'est que lorsqu'elle a eu l'occasion de réfléchir à l'événement qu'elle s'est rendu compte que M. Fredericks n'était pas celui qui avait fait feu en direction de sa maison. M<sup>me</sup> Canning a reconnu être demeurée en communication avec M. Fredericks à la suite des coups de feu tirés.

[33] Au terme de son contre-interrogatoire, l'avocat du ministère public a demandé que l'enregistrement de l'appel au service 911 et les déclarations écrites de M<sup>me</sup> Canning soient admis comme preuve de la véracité de leur contenu sur le fondement de la méthode d'analyse raisonnée de la règle du oui-dire. Il a fait valoir que les déclarations étaient à la fois nécessaires et fiables, et a invoqué la décision rendue dans l'affaire *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, à l'appui de sa demande.

[34] Un voir-dire a ensuite été tenu pour déterminer (1) si l'exigence de nécessité était remplie et (2) si les déclarations répondaient au critère du seuil de fiabilité associé à la méthode d'analyse raisonnée de la règle du oui-dire. Au début du voir-dire, l'avocat de la défense a reconnu qu'on avait satisfait à l'exigence de nécessité.

[35] Pendant le voir-dire, l'avocat du ministère public a demandé qu'on fasse entendre l'enregistrement de l'appel au service 911 une fois de plus en cour. À ce moment, M<sup>me</sup> Canning est devenue très émotive. Questionnée quant à la raison d'une telle réaction à cette demande, elle s'est échappée et a dit : [TRADUCTION] « Parce qu'on ne choisit pas qui on aime, d'accord », en faisant allusion à ses sentiments à l'égard de M. Fredericks. Elle a argumenté avec l'avocat du ministère public et a dit qu'elle ne devrait pas témoigner parce que c'était [TRADUCTION] « un conflit d'intérêts [...] [p]arce que j'aime Shawn et cette situation me tue ». Elle a répété sans cesse qu'elle n'était plus certaine que M. Fredericks était le tireur.

[36] L'enregistrement vidéo de l'interrogatoire de M<sup>me</sup> Canning mené par la police le 16 mai 2015 a été admis pendant le voir-dire comme preuve pertinente quant à la question du seuil de fiabilité. Il s'agit de l'interrogatoire pendant lequel M<sup>me</sup> Canning a refusé de faire une déclaration sous serment, mais a néanmoins répondu aux questions. Dans son témoignage rendu dans le contexte du voir-dire, M<sup>me</sup> Canning a adopté la partie de l'enregistrement dans laquelle elle a révélé l'existence d'un cycle de violence entre elle et M. Fredericks.

- [37] À la fin du voir-dire, le juge du procès a conclu que le seuil de fiabilité était atteint, et il a décidé que les déclarations étaient admissibles sur le fondement de la méthode d'analyse raisonnée de la règle du oui-dire.
- [38] Lorsque le procès a recommencé, l'avocat du ministère public a demandé la permission de procéder à un nouvel [TRADUCTION] « interrogatoire principal » de M<sup>me</sup> Canning et a précisé qu'il cesserait de mener un contre-interrogatoire fondé sur le par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cette demande a été accueillie. Pour l'essentiel, on a fait répéter à M<sup>me</sup> Canning ce qu'elle avait déjà dit lors du procès. À un moment donné, elle a encore reconnu : [TRADUCTION] « J'aime Shawn. »
- [39] Lors de son contre-interrogatoire, par l'avocat de la défense, on a demandé à M<sup>me</sup> Canning si ses propos à la police étaient un [TRADUCTION] « tas de mensonges ». Elle a répondu : [TRADUCTION] « Vous – vous savez ce que je vais vous dire, oui, j'aurais pu, si je m'en souviens, non. » Elle a nié avoir fait certaines des allégations contenues dans sa première déclaration et l'avoir lue avant de la signer et a ensuite nié une bonne partie de cette déclaration. Elle a affirmé qu'elle n'a presque rien dit au policier ce soir-là.
- [40] Bien que M<sup>me</sup> Canning ait reconnu être allée au poste de police le 16 mai 2015, elle a affirmé qu'elle y est allée [TRADUCTION] « totalement contre [son] gré ». On l'a interrogée sur le contenu de l'interrogatoire enregistré sur bande vidéo ce jour-là. Elle a témoigné qu'elle [TRADUCTION] « savait qu'[elle] était assise là en train de mentir » et a allégué que M. Phillips lui avait dit de ne rien dévoiler de son propre rôle et l'avait menacée de mort si elle racontait à la police ce qui s'était passé la veille dans la voie d'accès. À un moment donné, M<sup>me</sup> Canning a ajouté qu'elle était [TRADUCTION] « extrêmement droguée dans cette déclaration sur bande vidéo ». Le contre-interrogatoire a mis en lumière de nombreuses incompatibilités entre les divers récits des événements faits par M<sup>me</sup> Canning.



[41] Lors de son réinterrogatoire, M<sup>me</sup> Canning a été interrogée sur la déclaration qu'elle avait elle-même écrite. Elle a dit qu'elle croyait que la déclaration était véridique au moment de l'écrire.

[42] Trois témoins à décharge ont été appelés à témoigner lors du procès. M. Fredericks n'était pas l'un d'eux.

[43] Le premier témoin à décharge, Travis Mercer-Manning, a témoigné qu'il a acheté le véhicule gris de marque Chevrolet Impala au mois de février 2014 et l'a par la suite vendu à Jamie Cormier au cours du mois d'avril de cette année-là. Pendant le contre-interrogatoire, M. Mercer-Manning a reconnu que son casier judiciaire était chargé et qu'il purgeait une peine d'incarcération au moment du procès.

[44] Le second témoin à décharge était Jamie Cormier. L'avocat du ministère public a informé le juge qu'il prévoyait invoquer l'art. 13 de la *Charte* pendant son contre-interrogatoire du témoin parce qu'il s'attendait que M. Cormier reconnaisse avoir été la personne qui a déchargé l'arme à feu en direction de la résidence de M<sup>me</sup> Canning. Le juge du procès a demandé si cela nécessitait que le jury reçoive quelque directive spéciale que ce soit et les deux avocats ont répondu qu'ils ne le croyaient pas. Avant que M. Cormier ne témoigne, on a informé le juge que le témoin invoquerait le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[45] Comme prévu, M. Cormier a témoigné qu'il était celui qui a fait feu en direction du domicile de M<sup>me</sup> Canning. À partir de photos présentées en preuve, il a identifié l'arme à feu trouvée derrière la remise située sur la 8<sup>e</sup> Rue comme celle qu'il a utilisée pour faire feu. Il a dit qu'il connaissait le voisinage où l'arme à feu se trouvait parce qu'il y avait déjà habité. M. Cormier a aussi identifié le véhicule gris de marque Impala comme celui à partir duquel il avait fait feu.

[46] M. Cormier a affirmé qu'il habitait près du domicile de M<sup>me</sup> Canning. Il a témoigné que, le 15 mai 2015, M. Fredericks a emprunté le véhicule de marque Chevrolet

Impala et M. Cormier attendait son retour. À son arrivée, M. Fredericks était hystérique et saignait. Après avoir raconté à M. Cormier ce qui s'était passé, M. Fredericks est parti dans un véhicule gris de marque Honda Civic. M. Cormier, pour sa part, est parti dans son véhicule de marque Chevrolet Impala, s'est rendu à une adresse sur l'avenue McKenzie pour y récupérer son pistolet et a ensuite descendu plus loin sur l'avenue McKenzie, où il a fait feu en direction du domicile de M<sup>me</sup> Canning. Il a soutenu qu'il avait agi ainsi afin d'adresser un message aux occupants. Selon M. Cormier, il a ensuite dissimulé l'arme à feu derrière une remise située sur la 8<sup>e</sup> Rue, a abandonné son véhicule dans un stationnement près de chez sa mère, s'est rendu à pied au domicile de sa mère situé sur la rue Willow et a appelé un taxi.

[47] M. Cormier a reconnu que son casier judiciaire était chargé. Le casier dépeint M. Cormier comme une personne violente qui fait preuve d'un manque de respect flagrant à l'égard des ordonnances judiciaires.

[48] Pendant son contre-interrogatoire, M. Cormier a révélé que M. Fredericks est son beau-frère. Interrogé sur les caractéristiques physiques, il a dit qu'il faisait lui-même de six pieds à six pieds et un pouce et que M. Fredericks le dépasse [TRADUCTION] « de beaucoup [...] probablement six pieds six ». M. Cormier a une cicatrice visible du côté droit du visage, laquelle, a-t-il expliqué, est le résultat d'une ancienne blessure. La cicatrice a été décrite comme allant de l'œil gauche de M. Cormier jusqu'à sa mâchoire. Il a déclaré qu'il n'avait aucune nouvelle blessure le jour en question, contrairement à M. Fredericks, qui saignait du visage lorsqu'il a rendu le véhicule.

[49] M. Cormier a affirmé qu'il a appris que M. Fredericks avait été arrêté environ une semaine après l'incident des coups de feu tirés. Même s'il savait que M. Fredericks répondait à des accusations découlant de l'incident, M. Cormier n'a pas offert de déclaration à la police parce que cela l'amènerait à être inculpé. Il a expliqué qu'il s'était présenté en cour parce qu'il voulait faire [TRADUCTION] « ce qui s'impose. » [TRADUCTION] « [C']est pourquoi je suis ici [...] aujourd'hui. » À ce

moment pendant le contre-interrogatoire, l'avocat du ministère public a renvoyé M. Cormier à l'art. 13 de la *Charte*, qui prévoit que « [c]hacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires ». M. Cormier a reconnu qu'il avait une connaissance générale de la disposition et a admis qu'il savait que son témoignage ne pouvait pas être utilisé contre lui.

[50] Le dernier témoin à décharge était M. Melvin, qui, le jour de l'incident, habitait non loin de chez M<sup>me</sup> Canning. Selon lui, M<sup>me</sup> Canning l'a appelé ce jour-là pour lui demander s'il la conduirait pour qu'elle se procure du « speed ». Lorsqu'il est arrivé chez elle, elle est sortie de la maison en compagnie d'une personne qu'il ne connaissait que sous le prénom de « Lenny ». M<sup>me</sup> Canning n'est pas montée immédiatement dans sa fourgonnette. Elle s'est plutôt mise à fulminer, auquel moment il a aperçu M. Fredericks assis dans une automobile grise qui était entrée dans la voie d'accès derrière la fourgonnette. Au moment où M. Fredericks demandait à lui parler, M. Melvin est sorti de sa fourgonnette et s'est rendu au véhicule gris. M. Fredericks lui a dit de n'aider M<sup>me</sup> Canning d'aucune façon. Pendant ce temps, M<sup>me</sup> Canning [TRADUCTION] « proférait des injures » et disait que M. Melvin pouvait être ami avec qui il voulait. Selon M. Melvin, lorsque M. Fredericks a lancé une bouteille de boisson « Ensure » par la fenêtre, la bouteille a percuté le bras de M. Melvin et le contenu s'est répandu sur M<sup>me</sup> Canning. M<sup>me</sup> Canning [TRADUCTION] « s'est mise à crier », alors M. Phillips est sorti de la fourgonnette et a donné deux ou trois coups de poing au visage de M. Fredericks. M. Phillips empêchait M. Fredericks de sortir de son automobile, alors M. Fredericks a utilisé un pistolet Taser. À ce moment-là, M. Phillips [TRADUCTION] « a sorti des ciseaux appartenant à Lena de sa poche arrière et a poignardé [M. Fredericks] au visage ». M. Fredericks a reculé dans la voie d'accès et est parti en criant à M. Melvin de ne rien faire pour M<sup>me</sup> Canning et en proférant des jurons. M. Melvin est ensuite rentré chez lui.

[51] M. Melvin a témoigné qu'environ un quart d'heure après son départ de chez M<sup>me</sup> Canning, il était assis sur son pas de porte devant chez lui, fumant une cigarette,

lorsqu'il a entendu [TRADUCTION] « quelques coups. » Au départ, il croyait que c'était [TRADUCTION] « des enfants avec des pétards. » Il s'est rendu sur l'avenue McKenzie pour voir [TRADUCTION] « ce qui se passait ». À son arrivée, il a entendu [TRADUCTION] « un tohu-bohu provenant » de la maison de M<sup>me</sup> Canning, alors il est entré dans la maison et s'est informé. M<sup>me</sup> Canning lui a demandé s'il croyait que M. Fredericks ait pu tirer les coups, et il a répondu [TRADUCTION] « non ». Elle lui a dit qu'elle n'avait pas vu qui avait fait feu en direction de sa maison. Elle voulait toujours que M. Melvin la conduise pour qu'elle se procure de la drogue, mais il a refusé et est parti.

[52] Selon M. Melvin, M<sup>me</sup> Canning l'a appelé plus tard ce soir-là pendant qu'elle était sous la [TRADUCTION] « protection des témoins » et lui a demandé d'aller la chercher à un hôtel et de la conduire en compagnie de M. Phillips pour qu'ils se procurent des stupéfiants. Il a accepté. Ils sont ensuite retournés tous les trois au domicile de M. Melvin. Pendant ce temps, M<sup>me</sup> Canning [TRADUCTION] « s'efforçait de se creuser la tête » pour déterminer qui avait fait feu en direction de sa maison. Pendant qu'ils étaient chez M. Melvin, quelqu'un a dit qu'il avait appris au moyen d'un détecteur à balayage que la police avait trouvé une automobile dans laquelle quelqu'un s'était suicidé. M<sup>me</sup> Canning est devenue troublée en l'apprenant parce qu'elle croyait qu'il pouvait s'agir de M. Fredericks. M. Melvin a fini par reconduire M<sup>me</sup> Canning et Lenny à l'hôtel.

[53] Pendant son contre-interrogatoire, M. Melvin ne pouvait pas expliquer l'incompatibilité entre sa déclaration selon laquelle M<sup>me</sup> Canning ne savait pas qui avait fait feu et l'enregistrement de l'appel au service d'urgence 911 pendant lequel elle avait clairement identifié M. Fredericks comme le tireur. M. Melvin a reconnu être l'ami de M. Fredericks. Il a reconnu que, lorsque Lenny frappait puis poignardait M. Fredericks pendant la rencontre chez M<sup>me</sup> Canning, il voulait que M. Fredericks sorte de l'automobile pour qu'ils puissent [TRADUCTION] « s'occuper » de M. Phillips.

[54] Une fois les preuves respectives du ministère public et de la défense closes, mais avant les exposés au jury, l'avocat du ministère public a attiré l'attention du juge et de l'avocat de la défense sur *R. c. Jabarianha*, 2001 CSC 75, [2001] 3 R.C.S. 430. Cette décision dit qu'il est habituellement inapproprié de contre-interroger un témoin sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte*. L'avocat du ministère public a demandé si le juge entretenait la possibilité de donner une directive spéciale au jury. Les avocats de la défense et du ministère public ont tous deux indiqué qu'ils ne mentionneraient pas l'art. 13 de la *Charte* dans leurs exposés au jury. Plus tard, avant de donner des directives au jury, le juge du procès a informé les avocats qu'il avait décidé de ne pas [TRADUCTION] « s'aventurer à donner des directives quant aux questions posées au témoin Jamie Cormier sur sa connaissance de la protection [conférée par l'art. 13 de la *Charte*] ».

[55] Dans son exposé au jury, l'avocat de la défense a soutenu que la preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité se limitait à l'enregistrement de l'appel au service 911 et aux deux déclarations de M<sup>me</sup> Canning. Il a fait valoir que M<sup>me</sup> Canning avait expliqué sa rétractation de façon crédible. Il a aussi souligné certaines incompatibilités entre la version initiale de M<sup>me</sup> Canning et le témoignage de certains témoins à charge, et il a invoqué certaines cohérences entre le témoignage de M<sup>me</sup> Canning présenté lors du procès et celui des témoins à décharge. L'avocat de la défense a particulièrement insisté sur des incohérences frappantes entre la description que certains témoins ont donnée de la personne qu'ils ont vue le jour en question et certaines photos qui montraient l'apparence réelle de M. Fredericks ce jour-là.

[56] L'avocat du ministère public a commencé son exposé en résumant certains éléments de preuve. Il a soutenu que certaines incohérences pouvaient s'expliquer par les difficultés à se remémorer et à décrire les caractéristiques physiques d'une personne que le témoin ne connaissait pas et qu'il n'avait vue que brièvement. Il a toutefois souligné qu'on ne pouvait pas écarter le témoignage de Jeffrey Harrison pour cette raison parce qu'il connaissait effectivement M. Fredericks. Rappelons que M. Harrison a témoigné avoir vu M. Fredericks à l'endroit même où l'arme à feu et la veste ont plus tard été

trouvées. L'avocat du ministère public a ensuite fait des observations sur le témoignage de M<sup>me</sup> Canning et a soutenu qu'elle avait menti pour protéger M. Fredericks, qu'elle aimait. Il a invité le jury à conclure que M<sup>me</sup> Canning avait donné des renseignements exacts et véridiques sur l'identité du tireur pendant l'appel au service 911 et dans ses deux déclarations; il a aussi mentionné certains indices de fiabilité. L'avocat du ministère public a insisté surtout sur la déclaration écrite par M<sup>me</sup> Canning elle-même et a fait valoir que son explication selon laquelle elle avait subi l'influence de M. Phillips ne pouvait pas s'appliquer à cette déclaration, dans laquelle elle racontait dans le détail le rôle joué par M. Phillips dans l'incident survenu dans la voie d'accès. Dans cette même déclaration, rédigée sans incitation, M<sup>me</sup> Canning a une fois de plus identifié M. Fredericks comme le tireur. L'avocat du ministère public a soutenu que M. Fredericks et ses amis avaient fabriqué une histoire pour exonérer M. Fredericks, et il a fait valoir que leurs témoignages n'étaient pas dignes de foi.

[57] Dans un argument particulièrement convaincant, l'avocat du ministère public a mentionné le témoignage de M. Melvin portant que quelqu'un avait entendu au moyen d'un détecteur à balayage de transmissions de police qu'on avait trouvé une automobile dans laquelle quelqu'un [TRADUCTION] «s'était tiré une balle». M. Melvin et M<sup>me</sup> Canning ont tous deux témoigné que M<sup>me</sup> Canning, en entendant ces paroles, s'est effondrée par terre [TRADUCTION] «en sanglots» en pensant que M. Fredericks s'était tué. Comme l'avocat du ministère public l'a fait remarquer, cette réaction étayait la thèse selon laquelle M<sup>me</sup> Canning savait que M. Fredericks venait tout juste de commettre un crime grave et qu'il avait accès à une arme à feu. Comme l'avocat du ministère public l'a demandé pour l'effet, comment peut-on expliquer autrement une telle réaction?

[58] Aucun des moyens d'appel n'invoque l'existence d'une erreur dans l'exposé du juge du procès au jury, quoique le dernier invoque une erreur commise par omission. Par conséquent, je n'aurai pas à résumer les directives du juge.

[59] Le jury a rendu un verdict de culpabilité à l'égard des deux chefs d'accusation.

### III. Questions à trancher en appel

[60] Comme je l'ai mentionné précédemment, M. Fredericks invoque trois moyens d'appel distincts. Il affirme ce qui suit :

- (1) le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a permis l'admission d'une preuve par ouï-dire sur le fondement de la méthode d'analyse raisonnée alors que le seuil de fiabilité n'était pas atteint;
- (2) le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a permis qu'on interroge un témoin sur sa connaissance du droit de ne pas s'incriminer garanti par l'art. 13 de la *Charte* et qu'il n'a pas ensuite repris correctement les questions posées;
- (3) le juge du procès a commis une erreur en ne donnant aucune directive quant à l'usage permis de l'ordonnance d'interdiction qu'on reprochait à M. Fredericks d'avoir violée.

[61] L'avocate du procureur général reconnaît l'existence des erreurs invoquées dans les deuxième et troisième moyens d'appel. Elle mentionne que l'avocat du ministère public et l'avocat de la défense étaient tous deux responsables d'avoir amené le juge à commettre ces erreurs. Je suis d'accord. Je constate en effet que ni l'une ni l'autre des avocates commises au présent appel n'étaient les avocates lors du procès.

[62] Même si elle reconnaît l'existence de deux erreurs, l'avocate du procureur général soutient qu'il convient néanmoins de rejeter l'appel en vertu de la disposition réparatrice que constitue le ss-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*. Pour résumer, cette disposition permet à une cour d'appel de rejeter un appel, même si une erreur quant à une question de droit est démontrée, si elle est d'avis que cette erreur n'a causé aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave.

#### IV. Analyse

##### A. *Ouï-dire*

[63] M. Fredericks soutient que les déclarations extrajudiciaires de M<sup>me</sup> Canning n'auraient pas dû être admises sur le fondement de la méthode d'analyse raisonnée de la preuve par ouï-dire parce que le seuil de fiabilité n'était pas atteint. Comme je l'explique ci-après, la preuve par ouï-dire est présumée inadmissible. Elle peut toutefois être admise si elle relève d'une catégorie d'exceptions reconnues ou si elle est déclarée admissible par l'application de la méthode d'analyse raisonnée de la preuve par ouï-dire. En l'espèce, les déclarations extrajudiciaires de M<sup>me</sup> Canning constituaient du ouï-dire parce que leur admission avait pour but de prouver la véracité de leur contenu, plus précisément l'identité du tireur. Aucune des exceptions traditionnelles ne s'applique en l'espèce; l'admissibilité devait donc être fondée sur l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire. Selon cette exception, le ouï-dire peut être admis s'il satisfait au double critère de la nécessité et de la fiabilité et si sa valeur probante l'emporte sur tout effet préjudiciable. Le critère de la nécessité est respecté non seulement lorsqu'un témoin n'est pas disponible pour témoigner, mais aussi lorsque c'est le témoignage du témoin qui ne peut être obtenu, tel que lorsqu'un témoin refuse de témoigner ou lorsqu'un témoin rétracte une déclaration antérieure. Pour ce qui est du critère de la fiabilité, il faut distinguer entre le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse. Le juge du procès décide si le seuil de fiabilité est atteint. Il l'est lorsque le ouï-dire est « suffisamment fiable pour écarter les dangers que comporte la difficulté de la vérifier » : *Khelawon*, au par. 49, et *R. c. Bradshaw*, 2017 CSC 35, [2017] 1 R.C.S. 865, au par. 26. En revanche, il appartient au juge des faits, le jury en l'espèce, de se prononcer sur la fiabilité en dernière analyse. Il s'agit de décider si l'on se fiera à la preuve par ouï-dire, une fois admise, pour trancher les questions en litige dans l'affaire. Comme dans le cas d'autres types de preuve, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve par ouï-dire si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante, et ce, même si elle satisfait au double critère de la nécessité et de la fiabilité.



[64] M. Fredericks a reconnu, tant lors du procès qu'en appel, que l'exigence de nécessité était respectée en raison de la rétractation de M<sup>me</sup> Canning. Les erreurs qui auraient été commises lors du procès se rapportent à l'appréciation du seuil de fiabilité et au défaut du juge de soupeser la valeur probante et l'effet préjudiciable. Sur ce dernier point, l'argument de M. Fredericks peut facilement être rejeté. Au début du voir-dire, l'avocat de M. Fredericks a mentionné les éléments des déclarations qu'il jugeait plus préjudiciables que probants. Avec le consentement de l'avocat du ministère public, ces éléments ont été caviardés. Une fois cette entente conclue, le voir-dire n'a porté que sur la question du seuil de fiabilité et nul n'a soutenu que les déclarations, dans leur version caviardée, devaient être écartées parce que leur effet préjudiciable l'emportait sur leur valeur probante. Eu égard à ces circonstances, aucune erreur judiciaire n'a été commise. De toute façon, une fois l'atteinte du seuil de fiabilité établie, il était évident que la valeur probante des éléments de preuve l'emporterait sur leur effet préjudiciable.

[65] Selon M. Fredericks, le juge du procès s'est mépris à trois égards lorsqu'il a décidé que le seuil de fiabilité était atteint : (1) il a examiné des similitudes entre les déclarations de M<sup>me</sup> Canning pour corroborer la véracité des déclarations; (2) il a jugé que le motif de la rétractation touchait au cœur de la véracité des déclarations; et (3) il a examiné l'importance de la preuve du point de vue de la cause du ministère public.

[66] Rappelons que, dans le contexte du voir-dire, le juge du procès a entendu le témoignage de M<sup>me</sup> Canning quant aux circonstances dans lesquelles elle a fait l'appel au service 911 et les deux déclarations écrites. Le juge a aussi entendu les témoignages du téléphoniste du service 911, du policier qui a recueilli la première déclaration de M<sup>me</sup> Canning (celle qui a été faite le soir des coups de feu tirés) et du policier à qui M<sup>me</sup> Canning a remis la déclaration rédigée de sa propre main. De plus, le contenu de l'interrogatoire sur bande vidéo de M<sup>me</sup> Canning a été présenté en preuve dans le contexte du voir-dire, même si le ministère public ne demandait pas son admission lors du procès.

[67] Lors du procès, l'argumentation de l'avocat de la défense à l'encontre de l'admissibilité était brève. Il a soutenu que le seuil de fiabilité n'était pas atteint parce

qu'aucune des déclarations que le poursuivant voulait faire admettre lors du procès n'avait été faite sous serment, aucune d'elles n'avait été précédée d'une mise en garde de la police au sujet des conséquences liées au fait de mentir, aucune d'elles n'était enregistrée sur bande vidéo, et seul l'appel au service d'urgence 911 était enregistré sur bande audio.

[68] Le juge du procès a conclu que le seuil d'admissibilité était atteint et a donc déclaré que l'enregistrement de l'appel au service 911 et les déclarations étaient admissibles pour la véracité de leur contenu. Le juge a reconnu que les déclarations n'avaient pas été faites sous serment et à la suite d'une mise en garde de la police, mais il a mentionné que d'autres facteurs pouvaient servir de garanties de fiabilité. Voici les motifs de sa décision :

[TRADUCTION]

Au sujet de la question de la fiabilité soulevée dans le contexte du voir-dire, la Cour doit être convaincue que le ministère public a établi selon la prépondérance des probabilités que le seuil de fiabilité est atteint. À cet égard, j'ai entendu M<sup>me</sup> Canning, qui a expliqué ou [donné] les raisons pourquoi elle ne se souvient plus de certains éléments de son témoignage ou elle n'a tout simplement pas reconnu sa véracité. Les raisons qu'elle a données étaient que d'autres personnes ont exercé une influence sur ce qu'elle a dit pendant l'appel au service 911; pour commencer, elle n'a pas fait la déclaration initiale de sa propre initiative, si je peux m'exprimer ainsi ou – ou les circonstances de la déclaration sont telles qu'elle a dû faire la déclaration qu'elle n'a pas faite – qu'elle a faite. Après avoir entendu son témoignage et, plus précisément, le fait soulevé en contre-interrogatoire que la reconnaissance d'avoir subi l'influence de M. Phillips ou d'autres personnes qui n'ont été ni mentionnées ni nommées par M<sup>me</sup> – [j'ai conclu que] ces propos étaient non fondés. Il n'y avait pas – ce que M. Phillips a dit au sujet – si l'on accepte qu'il lui a dit qu'elle ne devait mentionner aucun nom ni quoi que ce soit, cela n'a pas eu d'effet – aucun effet sur son appel au service 911 et la similitude des faits relatés dans sa déclaration du 15 et du 30 mai et pendant l'appel au service 911 est évidente à la lecture de – à la lecture et à l'écoute de l'enregistrement de l'appel au

service 911. Elle a été interrogée par le constable Loisel, qui a expliqué les circonstances de sa déclaration faite le 15 mai 2015, et il n'y a aucune raison ni aucun doute quant à la question de la fiabilité. Elle n'a subi aucune coercition, contrainte ou pression pour faire la déclaration. Elle était consciente de la – des circonstances de la déclaration puisqu'elle voulait obtenir une ordonnance interdictive de la Cour contre M. Frederick[s]. Elle a fait la déclaration dans le but qu'on s'y fie d'après son comportement. Cette déclaration est essentielle à la présente affaire. Elle n'avait aucune raison de mentir lorsqu'elle l'a faite. Elle était peut-être ébranlée lorsqu'elle a fait la déclaration, et pour cause bien entendu, mais cela a simplement rendu sa – elle a simplement fait sa déclaration, le service 911 et sa déclaration et l'appel au service 911 et le stress qu'elle vivait et les circonstances qui l'entouraient la rendent plus fiable. Cette conclusion est étayée par les questions posées en contre-interrogatoire qui ont obligé le ministère public à présenter en preuve une autre vidéo. Celle-ci, réalisée le 16 mai 2015, dans cette vidéo, tout en refusant de faire une déclaration de type *K.G.B.*, M<sup>me</sup> Canning répète à de nombreuses, nombreuses reprises que ce qu'elle a dit la veille dans sa déclaration était la vérité et qu'elle n'avait rien à ajouter et que ce qui a été dit reflétait exactement ce qui s'était produit. Elle hésite aussi à faire une déclaration de type *K.G.B.* parce qu'elle croit que le policier veuille des renseignements sur d'autres crimes, sur la drogue ou de quelque nature que ce soit de sorte que le refus de faire une déclaration de type *K.G.B.* est motivé par, et regardez c'est ce qu'elle a décidé de faire ce jour-là alors elle n'était pas forcée de, de toute façon, de faire les déclarations antérieures. Pour ce qui est des raisons pour lesquelles M<sup>me</sup> Canning rétracte sa version initiale des événements, ce sont – il est devenu évident qu'elle – qu'elle est toujours amoureuse de M<sup>me</sup> – M. Fredericks, c'est ce qu'elle dit, et elle ne veut pas qu'il – qu'il purge une longue peine d'emprisonnement. Il y a aussi des habitudes de violence dans leur relation et il s'agit certainement d'une autre raison de rétracter sa version initiale. Pour ce qui est de la seconde déclaration signée le 25 mai 2015, elle est aussi fiable que les deux autres pièces pour les mêmes raisons. Elle l'a écrite toute seule et a même appelé le policier pour qu'il la recueille, alors le policier n'a même pas sollicité cette dernière déclaration, alors c'était, je crois, une surprise pour eux d'obtenir une autre déclaration et cette déclaration est, une fois de plus, en ce qui concerne ce qui a

été dit dans la déclaration antérieure et pendant l'appel au service 911, compatible avec la – sa version initiale des événements. Même si la déclaration, oh pardon, selon la prépondérance des probabilités le seuil de fiabilité est atteint et la Cour est convaincue que la déclaration était volontaire et aucun facteur ne pourrait déconsidérer l'administration de la justice si la déclaration était admise pour sa véracité. Même si la déclaration est admise comme preuve de fond, je demanderai au jury d'examiner soigneusement les circonstances en [évaluant la crédibilité] de la déclaration antérieure incompatible en lien avec le témoignage de M<sup>me</sup> Canning. Il appartiendra au jury de se prononcer sur la fiabilité en dernière analyse.

[69] À mon humble avis, le juge du procès n'a pas abordé la question du seuil de fiabilité comme il aurait dû le faire. Je suis d'accord avec l'avocate de M. Fredericks : le juge a tenu compte de considérations non pertinentes. Je conclus néanmoins que la conclusion du juge selon laquelle l'enregistrement de l'appel au service 911 et les déclarations sont admissibles est correcte.

[70] Comme je l'ai dit précédemment, les déclarations relatées sont présumées inadmissibles. Ces déclarations peuvent toutefois être admises sur le fondement de l'une des exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire ou par l'application de l'exception raisonnée créée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, 1990 A.C.S. n° 81 (QL), et sa descendance.

[71] Les déclarations extrajudiciaires ne constituent pas toutes du oui-dire inadmissible. Une preuve qui n'est présentée que pour prouver qu'une déclaration a été faite, comme une preuve présentée dans le but d'expliquer les actes subséquents d'une personne, ne constitue pas une preuve par oui-dire. « Le oui-dire est une déclaration extrajudiciaire présentée pour établir la véracité de son contenu » : *Bradshaw*, au par. 1.

[72] Le oui-dire est présumé inadmissible « puisqu'en l'absence de la possibilité de contre-interroger le déclarant au moment où il fait sa déclaration, il est souvent difficile pour le juge des faits d'en évaluer la véracité » : *Bradshaw*, au par. 1. Dans *Khelawon*, la juge Charron donne l'explication suivante :

[...] l'exclusion dont les déclarations relatées sont présumées faire l'objet tient essentiellement à l'incapacité générale d'en vérifier la fiabilité. Si le déclarant n'est pas présent en cour, il peut se révéler impossible de mettre à l'épreuve sa perception, sa mémoire, sa relation du fait en question ou sa sincérité. Il se peut que la déclaration elle-même ne fasse pas l'objet d'un compte rendu exact. Des erreurs, des exagérations ou des faussetés délibérées peuvent passer inaperçues et mener à des verdicts injustes. Ainsi, la règle interdisant le ouï-dire est censée accroître l'exactitude des conclusions de fait du tribunal et non entraver sa fonction de recherche de la vérité[.] [par. 2]

[73] Il existe toutefois des cas où certaines circonstances atténuent les dangers du ouï-dire. Au fil des ans, on a reconnu qu'en présence de ces circonstances l'admission d'une preuve par ouï-dire présente un danger minime de gêner la constatation exacte des faits. Il existe des cas où « [une] déclaration relatée peut, en raison de la manière dont elle a été faite, être intrinsèquement fiable, ou il peut exister suffisamment de moyens de la vérifier en dépit du fait qu'elle est relatée » : *Khelawon*, au par. 42. Ainsi, des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire ont été établies, parce que les cours ont reconnu que, dans des circonstances particulières, c'est l'exclusion, plutôt que l'admission, qui gênerait le rôle de constatation des faits que joue un procès. Il existe toutefois des cas où une application rigide de ces exceptions pourrait donner lieu « à l'exclusion inutile d'éléments de preuve ou, dans d'autres cas, à leur admission injustifiée » : *Khelawon*, au par. 42. On a préconisé une souplesse accrue. La Cour suprême du Canada a répondu à la demande avec le temps. Ainsi, dans l'arrêt *Khan*, la Cour suprême a adopté une méthode d'analyse « fondée sur les deux principes directeurs qui sous-tendent les exceptions de common law traditionnelles, à savoir la nécessité et la fiabilité » : *Khelawon*, au par. 42.

[74] La méthode d'analyse raisonnée a été perfectionnée depuis son adoption dans l'arrêt *Khan*. Sa formule actuelle, surtout en ce qu'elle se rapporte à la fiabilité, se trouve dans les motifs de la majorité dans *Bradshaw*, qui s'appuient sur les principes généraux issus de l'arrêt *Khelawon*. Sur la question du seuil de fiabilité, la juge Karakatsanis, au nom de la majorité, a donné l'explication suivante :

[...] Le seuil de fiabilité est atteint lorsque la preuve « est suffisamment fiable pour écarter les dangers que comporte la difficulté de la vérifier » (*Khelawon*, par. 49). Ces dangers surviennent notamment en raison de l'impossibilité de contre-interroger le déclarant devant le juge des faits au moment où il fait sa déclaration (*Khelawon*, par. 35 et 48). En appréciant le seuil de fiabilité, le juge du procès doit cerner les dangers spécifiques du oui-dire que pose la déclaration et envisager des moyens de les écarter (*Khelawon*, par. 4 et 49; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 75). Ces dangers se rapportent au fait qu'il peut être difficile d'évaluer la perception du déclarant, sa mémoire, sa relation du fait ou sa sincérité, et ils devraient être définis avec précision pour qu'on puisse évaluer de façon réaliste s'ils sont écartés.

Les dangers du oui-dire peuvent être écartés et le seuil de fiabilité peut être atteint s'il est démontré (1) qu'il existe d'autres façons adéquates de vérifier la vérité et l'exactitude (fiabilité d'ordre procédural), ou (2) qu'il existe des garanties circonstancielles ou relatives à la preuve conférant une fiabilité inhérente à la déclaration relatée (fiabilité substantielle) (*Khelawon*, par. 61-63; *Youvarajah*, [2012 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720], par. 30). [par. 26 et 27]

[75] Pour qu'une déclaration soit fiable d'un point de vue procédural, il doit exister des substituts adéquats à la façon traditionnelle de vérifier la preuve par le contre-interrogatoire du déclarant au moment précis où il s'est exprimé. « Ces autres façons de vérifier la preuve doivent fournir au juge des faits une base satisfaisante pour apprécier rationnellement la véracité et l'exactitude de la déclaration relatée » : *Bradshaw*, au par. 28. Ces substituts sont notamment « un enregistrement vidéo de la déclaration, l'existence d'un serment et un avertissement au sujet des conséquences liées au fait de mentir » et sont habituellement combinés à « une certaine forme de contre-interrogatoire du déclarant, comme le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire [...] ou le contre-interrogatoire d'un témoin qui se rétracte au procès » : *Bradshaw*, au par. 28.

[76] Pour ce qui est de la fiabilité substantielle, elle est établie si les circonstances de la déclaration la rendent intrinsèquement fiable. Pour trancher cette question, le juge du procès peut aussi prendre en considération quelque preuve que ce soit

qui corrobore ou contredit la déclaration. La norme est élevée. Elle nécessite que le juge soit convaincu « que la déclaration est “si fiable qu’il aurait été peu ou pas utile de contre-interroger le déclarant au moment précis où il s’est exprimé” » : *Bradshaw*, au par. 31, citant *Khelawon*, au par. 49. Lorsqu’il apprécie la fiabilité substantielle, le juge du procès peut prendre en considération la preuve corroborante si elle démontre que d’autres explications, même conjecturales, des déclarations relatées ne sont pas disponibles : *Bradshaw*, au par. 48.

[77] La Cour suprême reconnaît aussi que la fiabilité d’ordre procédural et la fiabilité substantielle « ne sont pas des catégories mutuellement exclusives » et « peuvent aller de pair » : *Bradshaw*, au par. 32; autrement dit, des éléments de l’une et de l’autre peuvent se conjuguer pour écarter les dangers spécifiques du oui-dire qu’une déclaration peut présenter, même dans une situation où ni la fiabilité d’ordre procédural ni la fiabilité substantielle n’auraient suffi individuellement.

[78] Lorsque j’applique le cadre d’analyse approprié aux faits de l’espèce, j’en viens à conclure que les dangers du oui-dire posés par les aspects importants des déclarations présentées pour leur véracité sont suffisamment atténués par les facteurs de fiabilité d’ordre procédural et de fiabilité substantielle, qui, quoiqu’ils n’eurent peut-être pas suffi individuellement pour atténuer le danger, lorsqu’ils sont considérés ensemble, rendent les déclarations suffisamment fiables pour écarter les dangers. Je parviens à cette conclusion sans recourir à la preuve corroborante.

[79] La première étape du cadre d’analyse applicable au seuil de fiabilité consiste à cerner l’aspect important des déclarations relatées qui sont présentées pour leur véracité. En l’espèce, il s’agit uniquement de l’identification de M. Fredericks comme le tireur. Tous les autres éléments des infractions ont été prouvés sans qu’il ne soit nécessaire de recourir aux déclarations extrajudiciaires de M<sup>me</sup> Canning, et aucun de ces éléments de preuve n’a été sérieusement contesté, si tant est qu’il l’ont été, lors du procès. Au sujet de cet aspect important, les trois déclarations présentées en preuve peuvent effectivement être traitées comme une seule déclaration en ce sens qu’elles ont toutes un

point commun : dans chacune d'elles, M<sup>me</sup> Canning a identifié de façon catégorique M. Fredericks comme le tireur.

[80] La deuxième étape de l'analyse consiste à cerner les dangers spécifiques du oui-dire posés par l'aspect important des déclarations. Le danger réel en l'espèce est l'absence de contre-interrogatoire au moment où les déclarations ont été faites pour vérifier certains aspects de la fiabilité des assertions qui y sont faites. L'exactitude des déclarations n'est pas en cause. L'appel au service 911 a été enregistré, et M<sup>me</sup> Canning a signé les deux autres déclarations. Il ne fait aucun doute qu'elle a identifié M. Fredericks comme le tireur. De même, la mémoire et la relation du fait en question ne sauraient servir de fondement à un danger quelconque de la preuve par oui-dire en l'espèce. L'appel au service 911 a été fait immédiatement après les coups de feu tirés et la première déclaration a été faite par écrit peu après l'appel. À mon avis, l'impossibilité de vérifier la perception et la sincérité qui constitue les dangers en l'espèce. La perception se rapporte aux observations de M<sup>me</sup> Canning qui l'ont amenée à affirmer que M. Fredericks était le tireur. Un contre-interrogatoire au moment où les déclarations ont été faites aurait pu être axé sur la question de savoir si M<sup>me</sup> Canning a réellement observé ce qu'elle a affirmé avoir observé ou si elle déduisait que le tireur était M. Fredericks en se fondant sur leur animus antérieur et sur le fait qu'il avait été le conducteur du véhicule duquel provenaient les coups de feu. Le contre-interrogatoire aurait aussi permis de rechercher si M<sup>me</sup> Canning était sincère lorsqu'elle a identifié M. Fredericks comme le tireur.

[81] Une fois les dangers cernés, il s'agit de savoir si ces dangers sont écartés eu égard aux indices de fiabilité substantielle et d'ordre procédural.

[82] À mon avis, il existe en effet des indices suffisants de fiabilité substantielle et d'ordre procédural, qui, considérés ensemble, atténuent les dangers au moyen de substituts adéquats au contre-interrogatoire au moment où les déclarations sont faites.



[83] Si l'on examine d'abord l'indice de fiabilité d'ordre procédural, on constate immédiatement l'absence de serment ou d'affirmation solennelle. M. Fredericks fait valoir qu'il y avait aussi l'absence de mise en garde au sujet des conséquences liées au fait de mentir. C'était peut-être le cas de l'appel au service 911 et de la première déclaration, mais rappelons que, dans les interrogatoires enregistrés sur bande vidéo qui ont été admis en preuve dans le contexte du voir-dire, la police a clairement adressé ces mises en garde à M<sup>me</sup> Canning et elle a tout de même soutenu que M. Fredericks était le tireur. Ainsi, on ne saurait dire qu'il y a eu absence totale de mises en garde. De plus, et c'est possiblement un fait plus important, il ne s'agit pas d'un cas où il n'était nullement possible de contre-interroger la déclarante. M<sup>me</sup> Canning était disponible pour subir, comme témoin qui s'était rétracté, un contre-interrogatoire lors duquel on aurait pu poser quelque question que ce soit sur sa perception et sa sincérité.

[84] Pour ce qui est des indices de fiabilité substantielle, on les trouve dans les circonstances des déclarations. L'enregistrement de l'appel au service 911 est une déclaration particulièrement fiable. Faisant presque partie de la *res gestae* parce qu'il a été fait immédiatement après que les coups de feu eurent été tirés, l'appel présente beaucoup d'indices de fiabilité, non seulement dans les précisions relatées par M<sup>me</sup> Canning au service 911, mais aussi dans les émotions dont elle a fait preuve en donnant ces précisions. En ce qui concerne plus précisément la sincérité, il est inconcevable vu la teneur de l'appel et le ton employé pendant l'appel que M<sup>me</sup> Canning, comme l'affirme M. Fredericks, ait pu être persuadée de mentir en l'identifiant comme le tireur. À mon avis, l'appel au service 911, plus particulièrement, était à ce point fiable que son contenu n'était pas susceptible de changer lors d'un contre-interrogatoire.

[85] Lorsque les indices de fiabilité substantielle et d'ordre procédural sont considérés ensemble, on est bien obligé de conclure que les déclarations sont suffisamment fiables pour écarter les dangers liés à la perception et à la sincérité qui ont été décelés. Les dangers liés à la perception et à la sincérité auraient facilement pu être explorés lors d'un contre-interrogatoire mené pendant le procès, un fait qui pèse beaucoup dans l'analyse.

[86] En définitive, je conclus que le juge du procès a eu raison d'admettre les déclarations et de laisser au jury la tâche d'en apprécier la fiabilité en dernière analyse.

B. *Interrogatoire d'un témoin sur sa connaissance de l'art. 13 de la Charte*

[87] M. Fredericks soutient que le juge a commis une erreur de droit lorsqu'il a permis à l'avocat du ministère public de contre-interroger M. Cormier sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte*. Comme je l'ai dit, cet article prévoit que chacun « a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires ».

[88] M. Fredericks affirme que l'erreur a été aggravée par le défaut du juge de donner des directives convenables au jury une fois que le contre-interrogatoire fut permis à tort. À l'appui de cet argument, M. Fredericks renvoie à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Jabarianha*, dans laquelle la Cour a décidé qu'il ne convenait pas que l'avocat du ministère public contre-interroge un témoin sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte*, sauf dans de rares cas, comme en présence de preuve d'un complot en vue de mentir lors d'un témoignage ou d'en tirer certains avantages.

[89] Au paragraphe suivant, le juge Major explique le raisonnement de la Cour suprême en concluant ainsi :

Puisque la protection de l'art. 13 est limitée et qu'il est possible que le témoin en ait une connaissance erronée, le jury pourrait s'interroger, et pourrait avoir besoin de directives, sur ce qu'il devrait inférer de la connaissance peut-être imparfaite que le témoin avait de l'art. 13 de la *Charte*, et sur l'étendue de la protection que le témoin croyait avoir. Un tel processus pourrait distraire l'attention du jury de la question de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé pour la faire porter sur la connaissance qu'avait le témoin des conséquences de sa déposition dans le cadre de la protection limitée de la *Charte*. Il y a aussi un risque réel que le jury accorde trop d'importance à la protection limitée de l'art. 13 de la *Charte* : voir *R. v. Swick* (1997),

35 O.R. (3d) 472 (C.A.), le juge Rosenberg, p. 478. Les questions de ce type à un procès devant juge et jury risquent fortement d'être préjudiciables. Les questions de ce type dans un procès sans jury, comme en l'espèce, posent probablement un risque moindre, mais elles devraient être évitées dans les deux cas. [par. 22]

[90] Le juge Major poursuit en expliquant que, dans certains cas, le fait de contre-interroger ainsi le témoin peut « porter atteinte à la confidentialité de renseignements » lorsque le témoin a été conseillé sur la protection garantie par l'art. 13. Il mentionne aussi que « [l']étendue de la connaissance que le témoin a de la loi n'est pas nécessairement proportionnelle à sa tendance à mentir » (par. 26), de sorte que le contre-interrogatoire du témoin sur sa connaissance de l'art. 13 n'a que peu ou pas de valeur probante. Par contre, ce type d'interrogation peut avoir un effet préjudiciable.

[91] Bien que le juge du procès ait eu tort de permettre à l'avocat du ministère public de contre-interroger M. Cormier sur sa compréhension de l'art. 13 de la *Charte* et son recours à cette disposition, il s'agissait d'une erreur qui avait très peu de conséquences. M. Cormier a reconnu qu'il n'était pas allé voir la police pour signaler son rôle dans les coups de feu tirés même s'il savait que son bon ami était accusé d'avoir fait feu en direction de la maison de M<sup>me</sup> Canning. M. Cormier a aussi dit qu'il ne voulait pas faire de déclaration à la police parce qu'il savait que cela donnerait lieu à des accusations; [TRADUCTION] « [C]'est pourquoi je suis ici aujourd'hui. » On n'a invoqué la protection conférée par l'art. 13 de la *Charte* qu'après que M. Cormier eût déjà donné ces explications. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé au contre-interrogatoire mené par l'avocat du ministère public, sauf pour mentionner une incohérence au sujet de l'étendue de la protection offerte après que l'avocat du ministère public eût laissé entendre à tort que la disposition protégerait M. Cormier contre son arrestation pour le crime. L'avocat de la défense n'a pas non plus demandé que le juge donne quelque directive spéciale que ce soit une fois que l'avocat du ministère public eût porté la décision *Jabarianha* à son attention. Les deux parties ont convenu de ne pas mentionner l'art. 13 de la *Charte* dans leur exposé au jury. À mon avis, l'avocat de la défense était fort conscient lors du procès de l'effet insignifiant qu'aurait la mention de l'art. 13 de la *Charte* eu égard aux

circonstances. C'est la raison pour laquelle il n'a pas demandé au juge d'intervenir davantage. À mon avis, lorsque les deux avocats ont informé le juge qu'ils ne mentionneraient pas la connaissance qu'avait M. Cormier des droits que lui conférait l'art. 13 de la *Charte* dans leur argumentation présentée au jury, le juge était justifié de décider qu'il ferait plus de mal que de bien s'il portait l'erreur à l'attention du jury.

C. *L'ordonnance d'interdiction*

[92] M. Fredericks reconnaît que le ministère public devait prouver qu'on lui avait ordonné de ne pas posséder d'armes à feu en tant qu'élément essentiel du second chef d'accusation. M. Fredericks soutient toutefois que le jury aurait dû être clairement informé que la preuve ne pouvait servir qu'à cette fin précise. Le juge n'a pas donné de directive restrictive sur cette question. Selon M. Fredericks, puisque l'ordonnance d'interdiction faisait mention d'une déclaration de culpabilité pour une infraction à l'art. 244 du *Code criminel*, il était essentiel que le jury reçoive des directives soigneuses afin d'éviter un raisonnement fondé sur la propension.

[93] Comme je l'ai dit précédemment, l'avocate du procureur général concède qu'on aurait dû vérifier la pièce admise lors du procès pour en retirer la mention de la déclaration de culpabilité antérieure et que le jury aurait dû être mis en garde contre le fait de se livrer à un raisonnement fondé sur la propension.

[94] La concession faite par l'avocate du procureur général est raisonnable. Il ne fait simplement aucun doute que l'avocat du ministère public au procès aurait dû vérifier l'ordonnance d'interdiction et en supprimer la mention de l'accusation antérieure avant de demander son admission au procès; aucun doute que l'avocat de la défense au procès aurait dû s'opposer à l'admission de l'ordonnance d'interdiction sans que cette mention soit caviardée; aucun doute que les deux avocats auraient dû demander au juge de mettre le jury en garde contre le fait de se livrer à un raisonnement fondé sur la propension; aucun doute que le juge n'aurait pas dû admettre l'ordonnance d'interdiction

dans sa version non caviardée; et aucun doute que le juge aurait dû mettre le jury en garde quant à l'usage restreint qu'il pouvait faire de l'ordonnance d'interdiction.

[95] Sans diminuer la gravité de ces erreurs, je constate qu'elles auraient pu avoir un effet beaucoup plus important s'il y avait eu un interrogatoire ou un contre-interrogatoire sur l'ordonnance d'interdiction, si l'ordonnance avait contenu quelque précision que ce soit sur la déclaration de culpabilité antérieure autre que la mention de l'article du *Code criminel*, ou si le poursuivant avait invité le jury à se livrer à un raisonnement fondé sur la propension. Rien de cela ne s'est produit.

D. *La disposition réparatrice*

[96] Le sous-alinéa 686(1)b)(iii) du *Code criminel* prévoit que, même si le jugement du tribunal de première instance est le produit d'une erreur de droit, un appel peut être rejeté si la cour d'appel « est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit ». On appelle cette disposition la disposition réparatrice. La Cour suprême a dit que deux situations se prêtent à l'application de la disposition réparatrice : « (1) l'erreur est inoffensive ou négligeable ou (2) la preuve est à ce point accablante que, même si l'erreur n'est pas sans importance, le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité » : *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, au par. 53, résumant les principes exposés dans *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, aux par. 29 à 31.

[97] À mon avis, les deux erreurs dont le ministère public reconnaît l'existence relèvent de la première de ces catégories.

[98] En ce qui concerne la première erreur, je constate que, dans *Jabarianha*, la Cour suprême a appliqué la disposition réparatrice malgré l'erreur qui consistait à permettre à l'avocat du ministère public d'invoquer l'art. 13 de la *Charte* lors du contre-interrogatoire d'un témoin à décharge. À mon avis, même si on n'aurait pas dû explorer lors du contre-interrogatoire la connaissance qu'avait M. Cormier de l'art. 13, on ne

saurait dire que c'est pour cette raison que son témoignage n'a pas été retenu. M. Cormier était un témoin de moralité douteuse, au casier criminel chargé, dont le témoignage contredisait non seulement les déclarations de M<sup>me</sup> Canning, mais aussi les témoignages non contestés de deux autres témoins qui n'avaient aucune raison de mentir : (1) Jeffrey Harrison, qui connaissait M. Fredericks et qui l'a vu aller derrière la remise où le pistolet a été trouvé enveloppé dans une veste sur laquelle on a trouvé l'ADN de M. Fredericks; et (2) Karylin Anderson, qui a vu un homme ayant du sang sur lui sortir du même véhicule que celui à partir duquel avaient été tirés les coups de feu.

[99] Pour ce qui est de la seconde erreur, on ne saurait dire qu'un quelconque raisonnement fondé sur la propension qui repose sur l'admission de l'ordonnance d'interdiction non caviardée ait eu une incidence sur la détermination de l'identité du tireur. L'identité était solidement établie sur le fondement de la preuve que le jury a manifestement jugée crédible : les déclarations de M<sup>me</sup> Canning ainsi que les témoignages de M. Harrison et de M<sup>me</sup> Anderson.

[100] Le fait de qualifier ces deux erreurs d'erreurs sans conséquence s'appuie sur le fait que l'avocat de M. Fredericks au procès ne s'est opposé ni au contre-interrogatoire que l'avocat du ministère public a fait subir à M. Cormier sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte* ni à l'admission de l'ordonnance d'interdiction non caviardée, n'a pas demandé au juge de donner une directive particulière au jury sur ces deux erreurs, et ne s'est pas opposé aux directives que le juge a données au jury. Malgré le fait que ces omissions commises par l'avocat au procès ne libéraient pas le juge du procès de ses obligations et qu'elles n'empêchent pas M. Fredericks d'invoquer ces erreurs en appel, elles indiquent que les erreurs n'étaient pas jugées graves.

## V. Dispositif

[101] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter l'appel.