

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

63-16-CA

JAMES TURPIN

JAMES TURPIN

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Turpin v. R., 2019 NBCA 78

Turpin c. R., 2019 NBCA 78

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LaVigne

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Green
l'honorable juge French
l'honorable juge LaVigne

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:

June 10, 2016 (conviction)
August 3, 2016 (sentence)

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :

le 10 juin 2016 (déclaration de culpabilité)
le 3 août 2016 (détermination de la peine)

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:

Procédures préliminaires ou accessoires :

Court of Appeal:
[2017] N.B.J. No. 340

La Cour d'appel :
[2017] A.N.-B. n° 340

Appeal heard:
November 13, 2018

Appel entendu :
le 13 novembre 2018

Judgment rendered:
October 31, 2019

Jugement rendu :
le 31 octobre 2019

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Richard

Motifs de jugement :
l'honorable juge en chef Richard

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LaVigne

Counsel at hearing:

For the appellant:
Margaret Gallagher, Q.C.

For the respondent:
Kathryn A. Gregory, Q.C.

THE COURT

The appeal is allowed, the conviction for second degree murder is set aside, an acquittal is entered for that offence and a new trial is ordered on a charge of manslaughter.

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Green
l'honorable juge French
l'honorable juge LaVigne

Avocats à l'audience :

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

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

LA COUR

L'appel est accueilli, la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré est écartée, un acquittement est inscrit à l'égard de cette infraction et la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation d'homicide involontaire coupable est ordonnée.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] Michael Terry was home on April 2, 2004, caring for his young son when, sometime after 9:00 A.M., he heard knocking on his door. Upon answering, he found a frantic James Turpin cradling an unconscious toddler in his arms. Mr. Turpin dressed only in a t-shirt, boxer shorts and socks, hysterically asked Mr. Terry to drive them to the hospital. Assessing the situation as serious, Mr. Terry had Mr. Turpin lay the child on a chair. He recognized the child as two-year-old Kennedy Corrigan, who lived next door with her mother, Connie Corrigan, a woman with whom Mr. Turpin was in a relationship. Kennedy was dressed only in panties. Mr. Turpin explained she had fallen in the bathtub and lost consciousness. Mr. Terry noticed the little girl was not wet.

[2] Almost immediately, Mr. Terry called 911. He repeated to the operator what Mr. Turpin had told him. While Mr. Terry was speaking to the 911 operator, an obviously distraught Mr. Turpin was heard trying to get the young girl to wake up. Questioned again by Mr. Terry, Mr. Turpin explained Kennedy had “hit the back of her head ... just as I was walking in the bathroom.”

[3] Paramedics soon arrived at the Terry residence and were told Kennedy had fallen in the tub. Assessing her to be in respiratory distress, the first responders decided to take Kennedy to the Dr. Everett Chalmers Hospital in Fredericton. Mr. Turpin accompanied her in the ambulance. Meanwhile, Mr. Terry agreed to care for Mr. Turpin’s own almost-three-year-old daughter, Chloe, who had been staying over at the Corrigan residence.

[4] Connie Corrigan was called and quickly made her way to the hospital. Upon arrival, she found her daughter unconscious with very concerned hospital personnel

attending to her. As she was not allowed to stay in the trauma room with her daughter, Ms. Corrigan was escorted out and told where to find Mr. Turpin. She found him in a room, still dressed in a t-shirt, boxer shorts and socks. He was “incoherent.” She did not get a “straight answer” to her question regarding what had occurred. To her, “he didn’t make any sense.” She was becoming angry with him. Mr. Turpin gave Ms. Corrigan some “broken” and unclear explanations. She “understood something about hitting her with a doorknob when he walked into the room, the tub, she fell,” but “[i]t was very broken and – and none – none of it was very clear.”

[5] Hospital personnel found Mr. Turpin to be “hysterical” and “out of control.” At one point, he informed one of the doctors that Kennedy had been feeling unwell the previous evening and again in the morning. He explained she had some vomit in her hair, so he took her to the bath. It appears he intended to give both girls a bath. He said his own daughter ran from the bathroom and, as he turned, he saw Kennedy falling and hitting the back of her head in the tub.

[6] While Mr. Turpin consistently maintained Kennedy had fallen in the bath and struck the back of her head on the bottom of the tub, there were discrepancies regarding some of the details, especially around the question whether or not he had actually put both girls in the tub or whether they were actually both in the bathroom at the same time. At least one of the doctors did not consider this to be a “major discrepancy [...] because he was upset and [one] would expect the story to change a bit.”

[7] A CT scan revealed the trauma Kennedy experienced resulted in soft tissue hematomas, swelling, hemorrhaging in various areas of her brain, but no fracture. There was neither external bleeding nor bruising visible on other parts of her body. Her condition was considered to be a very severe progressive brain injury. Kennedy was sedated, medicated to ensure brain pressure did not increase, intubated and transferred to the IWK hospital in Halifax.

[8] While a Medivac team transported Kennedy to Halifax by air, Ms. Corrigan, her cousin and her cousin's fiancé made their way there by automobile. Meanwhile, Mr. Turpin had called a friend so he could go get his daughter at Mr. Terry's home. From there, they would return Chloe to her mother in Dalhousie, a four-and-a-half-hour journey. En route, Mr. Turpin periodically wanted to stop to call Ms. Corrigan. In Dalhousie, Mr. Turpin's daughter was left in her grandfather's care, and Mr. Turpin then made his way back to Ms. Corrigan's residence.

[9] Early in the morning on April 3, 2004, a police officer stopped Mr. Turpin for speeding in Oromocto. His vehicle also had a broken rear taillight. Mr. Turpin informed the officer he absolutely had to get to Halifax. He explained he had been taking care of Kennedy and described how she had fallen in the bath, struck the back of her head on the bottom of the tub, become unconscious, had been taken to the hospital and later transferred to one in Halifax. Upon verifying Mr. Turpin's identity, the officer learned there were two outstanding warrants for him: a warrant of committal for failing to pay outstanding fines and an arrest warrant for failing to appear in court on a charge. Mr. Turpin's driving privileges had also been suspended. From the police station, Mr. Turpin reached Ms. Corrigan at the IWK hospital and she confirmed the situation to the police officer. The officer decided to release Mr. Turpin on compassionate grounds but instructed him to turn himself in when he returned from Halifax. Since Mr. Turpin could not drive on account of his privileges having been suspended, he called his friend to come pick him up at the police station.

[10] Eventually, Mr. Turpin made his way to Halifax. Upon arrival, he was directed to a social worker's office and questioned about the incident. Ms. Corrigan found him to be concerned about Kennedy and her injuries.

[11] Meanwhile, the RCMP launched an investigation, which involved searching the Corrigan residence, taking photographs and a video, and questioning some of the medical personnel. Two officers travelled to Halifax to meet with Connie Corrigan and Mr. Turpin. They asked Mr. Turpin to accompany them to the Halifax Police detachment and

informed him he had a right to speak to a lawyer, that he did not have to speak to them and that anything he said could be used against him. Throughout the 17-minute interview, Mr. Turpin maintained he had already related what had happened: she had fallen. During persistent grilling by the police, he repeatedly said he wanted to get back to the hospital.

[12] At some point following the police interview, Mr. Turpin expressed concern to Ms. Corrigan that the police were “going to pin this on [him].” Nevertheless, he did not waver from his statements that Kennedy had fallen in the bath; although, as Ms. Corrigan reported, he did not provide her with much more detail, and would become agitated when asked, “as if it was difficult for him to relive [the event].”

[13] Tragically, Kennedy Corrigan did not recover from the injuries suffered on April 2 and, a week later, she was taken off life support and passed away in her mother’s arms.

[14] When Ms. Corrigan returned home, she found the bathroom had already been cleaned. The comforter from her own room, where the children slept the night of April 1, was in the washing machine. Upon his return, Mr. Turpin did not immediately turn himself in to the authorities as he had been instructed to do.

[15] An autopsy was performed, from which it was determined the cause of Kennedy’s death was a closed head injury; however, the manner of death was undetermined.

[16] The RCMP investigation continued. Mr. Turpin was eventually arrested on the outstanding warrants. On May 3, 2004, two officers interviewed him at the Dalhousie Correctional Centre. He was again warned and cautioned and informed he could communicate with a lawyer. Mr. Turpin called for his lawyer but could not reach him. For the next hour, the police officers continued to question him. He insisted that on the morning of April 2 he wanted to bathe both girls because he could smell vomit in Kennedy’s hair. He began to run water in the tub, put Kennedy in and turned to get his own daughter, but

she ran out. He explained it all happened very fast. As he was going out to get his daughter, he looked back and saw Kennedy standing, slip and fall. He immediately attended to her. He took her out of the tub and laid her on a towel. She was unconscious and seemed to have difficulty breathing. He thought she was just “knocked out” and would regain consciousness. When that did not immediately happen, he put a pair of panties on her, took her in his arms and went to the neighbour’s house in a panic. Despite persistent questioning over the course of an hour, Mr. Turpin maintained Kennedy had fallen in the tub.

[17] On November 23, 2004, a police officer arrested Mr. Turpin at his mother’s home and took him to the Dalhousie police station where he was again cautioned and warned. From there, he was taken to the Bathurst Police Force office, and, the next day, he was interviewed. The videotaped interview lasted just over two hours. A 28-page transcript of the interview reveals an overwhelming majority of the time was consumed by the police officer lecturing, offering his own opinions and at times lying to Mr. Turpin. Mr. Turpin did not do much talking. He cried, asked to see his mother whom he understood was coming to the police station, and continuously maintained that Kennedy had slipped in the tub and struck her head.

[18] No charges were laid immediately following Kennedy Corrigan’s death; however, the police file was not closed. In 2006, the police pursued their investigation by meeting with doctors at the Hospital for Sick Children in Toronto: Dr. David Chiasson, a forensic pathologist, and Dr. William Halliday, a neuropathologist. The information received from them did not advance the investigation. As a result, the file remained in abeyance until 2013, after the RCMP created a Historical Homicide Unit. The officer assigned to this unit pursued the investigation by reviewing all file materials and seeking another medical opinion through the office of the medical examiner in Halifax. In 2014, Dr. Marnie Wood, a forensic pathologist, reviewed all the materials and gave the police an opinion that would eventually lead to a criminal charge of murder laid against Mr. Turpin on June 3, 2015, more than eleven years after the death of Kennedy Corrigan.

[19] Mr. Turpin elected to be tried by a court composed of a judge and jury. Before the jury was empanelled, a *voir dire* was held to determine a number of issues, including whether leave would be granted to the Crown to examine more than five expert witnesses. This, because s. 7 of the *Canada Evidence Act* (“CEA”), R.S.C. 1985, c. C-5, provides as follows:

7 Where, in any trial or other proceeding, criminal or civil, it is intended by the prosecution or the defence, or by any party, to examine as witnesses professional or other experts entitled according to the law or practice to give opinion evidence, not more than five of such witnesses may be called on either side without the leave of the court or judge or person presiding.

7 Lorsque, dans un procès ou autre procédure pénale ou civile, le poursuivant ou la défense, ou toute autre partie, se propose d’interroger comme témoins des experts professionnels ou autres autorisés par la loi ou la pratique à rendre des témoignages d’opinion, il ne peut être appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside.

[20] Crown counsel maintained it was necessary to call the numerous physicians who had examined and treated Kennedy Corrigan or who had been consulted regarding her treatment. The prosecutor suggested it was probably not necessary to make an application under s. 7 of the *CEA* because no more than five experts were being called to testify on any single issue. The Crown’s position in this regard was undoubtedly a reference to the state of the law in New Brunswick at the time, arising out of this Court’s decision in *R. v. Higgins* (1979), 28 N.B.R. (2d) 20, [1979] N.B.J. No. 277 (C.A.) (QL), leave to appeal to S.C.C. refused, 29 N.B.R. (2d) 450. In a decision dated February 18, 2016 on the *voir dire*, the trial judge did not specifically rule on the Crown’s application for leave to call more than five expert witnesses, resolving the matter as follows:

There is no reason to make any order with regard to the experts, because I accept that there are five or less experts being called with regard to each of the issues before the Court.

[21] At trial, the prosecution called a total of 12 witnesses to give opinion evidence. Although all 12 would be asked their opinion regarding the severity of Kennedy’s injuries and eight of them would opine regarding the mechanism of death, no further

application was made under s. 7 of the *CEA*. On behalf of Mr. Turpin, defence counsel called as expert witnesses Drs. Chiasson and Halliday, whom the police had consulted in 2006.

[22] Following a lengthy trial, the jury found Mr. Turpin guilty of second degree murder. The jury declined to make any recommendation with respect to the number of years Mr. Turpin would have to serve before being eligible for release on parole. In the end, the trial judge sentenced him to life imprisonment without eligibility for parole until he served at least 10 years. The judge also made ancillary orders and ordered Mr. Turpin to pay a victim surcharge.

[23] Mr. Turpin appeals his conviction and the Crown seeks leave to cross-appeal the period of parole ineligibility. In an Amended Notice of Appeal, Mr. Turpin raises three grounds. He claims the trial judge erred in law in her “treatment of expert evidence,” “in failing to properly instruct the jury on accident,” and “in failing to instruct on the possibility of a verdict of manslaughter.” In a further amendment, Mr. Turpin also alleges “the jury’s verdict of guilty of second degree murder was an unreasonable verdict.”

[24] The appeal and cross-appeal were originally argued before a three-member Panel. Following the hearing, it became apparent one of the issues invited a reconsideration of the interpretation given to s. 7 of the *CEA* in *Higgins*. As a result, on behalf of the Panel, I ordered a re-hearing before a five-member bench, the composition of which would include the three judges who had initially heard the matter.

II. Analysis

A. *Did the trial judge err in her “treatment” of expert evidence?*

[25] In order to admit expert evidence, it must be relevant, necessary and reliable: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, [1994] S.C.J. No. 36 (QL), at pp. 20-25. These conditions must also be “measured against the counterweights of consumption of time, prejudice and

confusion”: *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at para. 47. The trial judge serves as gatekeeper to ensure “the benefits in admitting the evidence outweigh any potential harm to the trial process”: *R. v. Bingley*, 2017 SCC 12, [2017] 1 S.C.R. 170, at para. 16. Section 7 of the *CEA* puts a further restriction on expert evidence by limiting to five the number of expert witnesses that may be called by either the Crown or defence without the leave of the court. *Higgins* says that means five per issue; other courts say five means five.

[26] Like this one, *Higgins* also involved an appeal against a second degree murder conviction. One of the grounds of appeal alleged the trial judge erred in law in allowing the Crown to call more than five experts to give opinion evidence without leave of the court. Limerick J.A. gave short shrift to that ground. He simply stated:

There is no merit in the ground that the trial judge allowed more than five expert witnesses to be called allegedly contrary to s. 7 of the *Canada Evidence Act*. I would apply the reasoning of the Supreme Court of Canada in *Fagnan v. Ure et al.*, 13 D.L.R. (2d) 273, wherein it was held a similar enactment only restricted the number of witnesses who might testify on each issue raised and not to all the issues raised at the trial. In the case before us each of the seven experts called as witnesses were experts in a different field of expertise and were called to prove different issues.

I am further of the opinion that the provision was enacted to prevent the abuse of the right to introduce expert testimony. Without such a provision, a party could call any number of experts whom the court could not refuse to hear if their testimony was relevant, without leaving itself open to an allegation of wrongly rejecting evidence. The mere fact that the court allows a sixth or subsequent expert witness to be sworn is all the approval that is required of the trial judge. I can find nothing in the *Canada Evidence Act* requiring a formal preliminary application to be made to the judge as to the number of expert witnesses that may be called. [paras. 11-12]

[27] In sum, although s. 7 of the *CEA* provides that “not more than five [expert] witnesses may be called on either side without the leave of the court,” *Higgins* stands for the following two propositions: (1) no more than five means no more than five per issue;

and (2) no prior permission is required before calling more than five expert witnesses, even if on a single issue.

[28] This aspect of *Higgins* has only ever been applied once in our Court. In *R. v. Eatman (P.L.)* (1999), 222 N.B.R. (2d) 120, [1999] N.B.J. No. 554 (C.A.) (QL), also a second degree murder case, the Court quoted the two paragraphs on point from *Higgins* and held that, since this reflected the law in New Brunswick at the time of trial, it would be unfair “to challenge the interpretation of *Higgins* and entertain the idea of finding reversible error on this point” (para. 14). It appears that, unlike the present case, the Court was not formally invited to reconsider its interpretation of s. 7 of the *CEA*.

[29] *Higgins*’ interpretation of s. 7 of the *CEA* has apparently only been considered in three cases in other provinces; however, its reasoning has not been unequivocally adopted.

[30] In *R. v. Morin*, [1991] O.J. No. 2528 (Ct. J. (Gen. Div.)) (QL), Donnelly J. simply noted the case, while granting the Crown leave to call more than five experts upon finding that “[t]his is not a case of mounting an overwhelming barrage of scientific witnesses.”

[31] In *R. v. Noyes*, [1991] B.C.J. No. 3091 (C.A.) (QL), over the course of a lengthy trial, a number of expert witnesses were called, including eight psychiatrists. As the eighth expert witness was being called, the defence objected on the ground it exceeded the limit permitted by s. 7 of the *CEA*. Only then was it noticed that the number of experts who could be called to testify had already been exceeded by two, at which point the trial judge ruled he would have granted leave had it been sought previously. In addition, the judge allowed the further expert to be called. On appeal, the Court held that it was within the judge’s general power and jurisdiction to grant leave retroactively. Regarding *Higgins*, the Court noted that, “while it was not necessary to rely on it,” Limerick J.A. had “made it clear that by the mere giving of the evidence in the witness stand the trial judge would be deemed to have given the required permission” (para. 26) (emphasis added).

[32] Finally, in *Sam v. British Columbia*, 2016 BCSC 86, [2016] B.C.J. No. 87 (QL), the rationale for the interpretation of s. 7 of the *CEA* given in *Higgins* was rejected. Faced with an application under s. 7 for leave to call more than five expert witnesses, Bracken J. observed that cases that have considered the provision are few in number. He noted that “[t]here seems to be greater consensus that the *Act* restricts the number of experts to five per party,” rather than five per issue (para. 4). As he explains, this more restrictive interpretation is consistent with there being a provision that allows for leave. Bracken J. found only five cases that applied the more generous interpretation of five experts per issue: three from Alberta (including *Fagnan v. Ure et al.*, [1958] S.C.R. 377, [1958] S.C.J. No. 26 (QL), the case upon which *Higgins* relied); and two from New Brunswick: *Higgins* and *Eatman*.

[33] The first case from Alberta was *In re Scamen et al. v. Canadian Northern R. Co.*, [1912] A.J. No. 21 (S.C.) (QL). In brief reasons for decision, Harvey C.J.A., for the Court *en banc*, did not identify the provision he was interpreting, although it is likely an earlier version of the provision considered in *Fagnan*. Chief Justice Harvey held that the provision limits to three the number of witnesses entitled to give opinion evidence on any particular fact in issue. He did so because the provision was said to relate to opinion evidence generally and was not limited to only expert opinion. Harvey C.J. observed that, in many cases, lay witnesses may be called upon to give opinion evidence. He concluded that, if the section were interpreted literally, it would mean that only three witnesses who express an opinion, including lay witnesses, would be allowed to testify in a trial. As a result, he interpreted the provision as limiting to three the number of witnesses called to prove any particular fact.

[34] In *Fagnan*, plaintiff’s counsel called a witness in reply to give opinion evidence. Counsel for the defendant objected on the ground the plaintiff had already called and examined three other witnesses entitled to give opinion evidence. The objection was founded on s. 10 of the *Alberta Evidence Act*, R.S.A. 1942, c. 106, which read as follows: “Where it is intended by a party to examine as witnesses persons entitled according to the law or practice to give opinion evidence not more than three such witnesses may be called

upon by either side.” The trial judge overruled the objection. In the Supreme Court of Canada, Cartwright J. (as he then was) concluded that in fact only two witnesses had previously given opinion evidence within the meaning of s. 10; however, he continued by applying the words of Harvey C.J.A. in *Scamen*, which related to effectively the same provision. He adopted the summary in the headnote:

Upon the proper interpretation of section 10 of the *Alberta Evidence Act*, 1910, 2nd sess., ch. 3, in the event of a trial or inquiry involving several facts, upon which opinion evidence may be given, a party is entitled to call three witnesses to give such evidence upon each of such facts, and he is not limited to three of such witnesses for the whole trial. [p. 382]

[35] Cartwright J. applied the rule of construction explained in *Ex parte Campbell; In re Cathcart* [(1870), L.R. 5 Ch. 703 at 706], whereby, if words of a statute have received a judicial construction and the Legislature has repeated them without alteration in a subsequent statute, the Legislature must be taken to have used them according to the meaning the court had given them. Thus, he concluded the interpretation in *Scamen* prevailed.

[36] The third Alberta case to which Bracken J. referred is *Hamilton v. Brusnyk and Demchuk*, [1960] A.J. No. 68 (S.C.) (QL). Even though by then the relevant provision had been amended to add the words “without leave of the court, which shall be applied for before the examination of any such witness,” the trial judge in that case appears to have considered himself bound by *Fagnan*. He ruled that counsel “was under no obligation to ask the Court at any stage for permission to call more than three opinion witnesses unless he intended to call more than three upon each ‘fact’ as Harvey, C.J. put it or upon each ‘subject’, as Cartwright, J. expressed it, involved in the action” (para. 41).

[37] As for *Higgins and Eatman*, Bracken J. noted “the New Brunswick appeal court paid no attention to the essential difference between *Fagnan*’s context (Alberta’s then statutory provision with no room for leave) and the context of other statutes -- Canada,

Ontario, Manitoba and New Brunswick's own civil evidence statute among them -- which contained provisions allowing leave to apply to call additional experts" (para. 9).

[38] Bracken J. then reviewed a number of cases where a more restrictive approach had been taken to s. 7 of the *CEA* or similar provisions, including: *Altana Pharma Inc. v. Novopharm Ltd.*, 2007 FC 1095, [2007] F.C.J. No. 1421 (QL); *Burgess (Litigation guardian of) v. Wu*, [2005] O.J. No. 929 (Sup. Ct. J.) (QL); *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, [1998] O.J. No. 1524 (Ct. J. (Gen. Div.)) (QL); *Buttrum v. Udell*, [1925] O.J. No. 16 (C.A.) (QL); and *B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie*, [1964] M.J. No. 48 (C.A.) (QL). These cases essentially conclude that *Fagnan* is only binding as to the interpretation of Alberta's legislation, as it then read. For a detailed review of the cases holding this, see *Eli Lilly and Company. v. Apotex Inc.*, 2007 FC 1041, [2007] F.C.J. No. 1367 (QL), per Hughes J. at paras. 12-27.

[39] In this regard, reference can also be made to *Rex. v. Barrs*, [1946] A.J. No. 39 (C.A.) (QL), in which a five-member panel of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta considered the limits on the number of expert witnesses under s. 7 of the *CEA*. Harvey C.J.A., for the Court, noted that s. 7 "is quite different" from that considered in *Scamen* because the former makes provision for leave to call more than five expert witnesses, whereas the latter does not. He concluded *Scamen* "can have no application to [the interpretation of s. 7]" (para. 27).

[40] Returning to *Sam*, I note that Bracken J. continued his analysis with a reference to Hamish C. Stewart in *Halsbury's Laws of Canada* (online), *Evidence* (2014 Reissue), "Opinion Evidence: Expert Opinion: Procedural Aspects" (VI.3.(2)(b)) at HEV-155 "Statutory Limit on Number of Experts", in which he says that "the 'per issue' interpretation 'should not be followed when the statute permits the court to grant leave'" (para. 17). Incidentally, this is also the view of S.C. Hill, D.M. Tanovich and L.P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5th ed (Toronto: Thomson Reuters, 2013) (loose-leaf updated 2019, release 2), at §12:30.40.50, who propose that "[w]hile precedent

exists suggesting the five-expert-witness limit is properly applicable only to a single issue within the trial, the better view is that the limitation applies to the entirety of a party's case.”

[41] With all due respect, I align myself with the views expressed on this point in *Halsbury's Laws of Canada* and in *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*. “The first and cardinal principle of statutory interpretation is that one must look to the plain words of the provision. Where ambiguity arises, it may be necessary to resort to external factors to resolve the ambiguity: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 44”: *R. v. D.A.I.*, 2012 SCC 5, [2012] 1 S.C.R. 149, at para. 26. As many others have noted, the Alberta legislation in question in *Fagnan* did not provide for a court to allow more than three witnesses to give opinion evidence. In those circumstances, the principles of statutory interpretation required the court to look for the intent of the legislator in properly construing the provision. In my view, the construction of the Alberta legislative disposition cannot be said to apply where, as in s. 7 of the *CEA* and similar provincial dispositions, provision is expressly made to allow for more expert witnesses upon obtaining leave of the court. The intent of Parliament in enacting s. 7 is as clear as the provision itself: not more than five witnesses called to give opinion evidence may be examined by any party to a trial without leave of the presiding judge.

[42] This restrictive interpretation of s. 7 is also consistent with the principles governing the admissibility of expert evidence in criminal law matters. Concerns about the proliferation of experts in Canadian courts and the risk that unnecessary or unreliable expert evidence will confuse and mislead jurors led the Supreme Court of Canada to reformulate the criteria for the admissibility of such evidence. In *Mohan*, Sopinka J. explained:

There is a danger that expert evidence will be misused and will distort the fact-finding process. Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves. [p. 21]

[43] In other words, the danger is “that the trier of fact will inappropriately defer to the expert’s opinion rather than carefully evaluate it”: *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182, per Cromwell J. for the Court, at para. 17. He added:

The point is to preserve trial by judge and jury, not devolve to trial by expert. There is a risk that the jury “will be unable to make an effective and critical assessment of the evidence: *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at para. 90, leave to appeal refused, [2010] 2 S.C.R. v. The trier of fact must be able to use its “informed judgment”, not simply decide on the basis of an “act of faith” in the expert’s opinion: *J.-L.J.*, at para. 56. The risk of “attornment to the opinion of the expert” is also exacerbated by the fact that expert evidence is resistant to effective cross-examination by counsel who are not experts in that field: *D.D.*, at para. 54. The cases address a number of other related concerns: the potential prejudice created by the expert’s reliance on unproven material not subject to cross-examination (*D.D.*, at para. 55); the risk of admitting “junk science” (*J.-L.J.*, at para. 25); and the risk that a “contest of experts” distracts rather than assists the trier of fact (*Mohan*, at p. 24). Another well-known danger associated with the admissibility of expert evidence is that it may lead to an inordinate expenditure of time and money: *Mohan*, at p. 21; *D.D.*, at para. 56; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387, at para. 76. [para. 18]

[44] *Mohan* stands for the proposition that a party seeking to introduce expert evidence must establish that the evidence is: (1) relevant; (2) necessary to assist the trier of fact; (3) not in violation of any exclusionary rule; and (4) adduced by a properly qualified expert: p. 20. Under the relevance factor, *Mohan* explains that a court does not only determine relevance in the sense of the evidence tending to establish a fact in issue, but also undertakes a cost benefit analysis by looking at the value of the evidence and what it costs in terms of its impact on the trial process. Where the probative value of the evidence is overborne by its prejudicial effect, or where the evidence will involve an inordinate amount of time which is not commensurate with its value, or where the evidence is misleading in the sense that its effect on the trier of fact, particularly a jury, is out of proportion to its reliability, such evidence may be excluded: p. 20-21.

[45] The *Mohan* criteria have since been reformulated such that, in determining the admissibility of expert evidence, a judge proceeds in two stages. This analytical framework was proposed in *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, [2009] O.J. No. 3534 (QL), and was adopted with minor adjustments in *White Burgess*.

[46] “At the first step, the proponent of the evidence must establish the threshold requirements of admissibility” by demonstrating that all four *Mohan* factors are met: *White Burgess*, at para. 23. If the opinion is based on novel or contested science or on science used for a novel purpose, the proponent also needs to establish the reliability of the underlying science for that purpose. “Relevance at this threshold stage refers to logical relevance”: *White Burgess*, at para. 23.

[47] The second stage of the framework requires a judge to balance “the potential risks and benefits of admitting the evidence in order to decide whether the potential benefits justify the risks”: *White Burgess*, at para. 24. This stage is considered to be a “discretionary gatekeeping step.” Cromwell J. explained it as follows:

The required balancing exercise has been described in various ways. In *Mohan*, Sopinka J. spoke of the “reliability versus effect factor” (p. 21), while in *J.-L.J.*, Binnie J. spoke about “relevance, reliability and necessity” being “measured against the counterweights of consumption of time, prejudice and confusion”: para 47. Doherty J.A. summed it up well in *Abbey*, stating that the “trial judge must decide whether expert evidence that meets the preconditions to admissibility is sufficiently beneficial to the trial process to warrant its admission despite the potential harm to the trial process that may flow from the admission of the expert evidence”: para. 76. [para. 24]

[48] Binnie J., for the Court, explained in *J.-L.J.* that a trial judge must “take seriously the role of ‘gatekeeper’” (para. 28). He continued: “[t]he admissibility of the expert evidence should be scrutinized at the time it is proffered, and not allowed too easy an entry on the basis that all of the frailties could go at the end of the day to weight rather than admissibility” (para. 28).

[49] In my view, the analytical framework for determining the admissibility of expert evidence works in concert with the requirements of s. 7 of the *CEA*. The general rule is no more than five experts per party per proceeding; but, where the party proposing to call additional experts can demonstrate that more than five experts are necessary to assist the trier of fact in making a relevant determination, a trial judge must consider the leave application as part of his or her gatekeeping function. This necessarily requires that any leave to call more than five experts be obtained before the sixth such witness is called, and similarly for any additional expert witness.

[50] In the present case, it appears the trial judge did nothing more than review the qualifications of proposed experts and did not, as required, balance reliability versus effect. In my view, the absence of any objection from defence counsel likely lulled the trial judge into believing there was no case to be made that the prejudicial effect of the evidence outweighed its probative value. Of course, defence counsel cannot be faulted for not raising the s. 7 limit each time an expert witness was called, since the trial judge, applying *Higgins*, had ruled this was not necessary since only five experts would be called on each issue. Both, however, fell into error because, in fact, more than five experts were called by the prosecution to address some of the critical issues of the case. **Twelve** witnesses called by the prosecution were qualified to offer opinions on the severity, or the severity and significance, of the injuries suffered by Kennedy Corrigan. **Eight** of the prosecution's experts testified on the potential mechanisms of these injuries; that is, how Kennedy may have sustained the injuries. They were as follows:

| Name of Expert | Qualification at trial |
|--------------------|--|
| Dr. Heidi King | Declared an expert radiologist entitled to give her opinion with regard to injuries observed through diagnostic imaging and concerning the <u>severity</u> of the injuries. |
| Dr. Jane Findlater | Declared an expert in emergency room medicine entitled to give her opinion with respect to the diagnosis of injuries sustained, the <u>significance and severity</u> of those injuries and any recommended treatment. (In the course of her testimony, she opined on the mechanism of the injury by stating it would be unusual for a two-year-old who fell in a bathtub to suffer this type of injury.) |

| | |
|---------------------------|--|
| Dr. Ramaiyer Krishnaswamy | Declared an expert in pediatric medicine and entitled to give his opinion with regard to the diagnosis of injuries sustained by children, the <u>significance of the severity</u> of the injuries and any potential mechanism of those injuries and of the recommended treatment. |
| Dr. Brian McManus | Declared an expert in pediatric intensive care and entitled to give his opinion with respect to the diagnosis of injuries sustained, the <u>significance and severity</u> of those injuries, any potential mechanisms of those injuries and any recommended treatment. |
| Dr. Christian Soder | Declared an expert in pediatric intensive care, and as such entitled to give his opinion with regard to the diagnosis of injuries sustained, the <u>significance and severity</u> of the injuries, potential mechanisms of those injuries as well as any treatment. |
| Dr. Robert LaRoche | Declared an expert in ophthalmology, entitled to give his opinion in relation to injuries observed and the <u>severity or significance</u> of those injuries. |
| Dr. Sean Christie | Declared an expert in neurosurgery and able to express his opinion with respect to the injuries suffered by Kennedy Corrigan, the <u>significance and severity</u> of those injuries, the prognosis and possible recovery from those injuries as well as any potential mechanism of those injuries. |
| Dr. Kathleen O'Brien | Declared an expert in radiology and entitled to give her opinion with respect to the interpretation, the diagnostic imaging of the injuries of Kennedy Corrigan and the <u>significance and severity</u> of those injuries. |
| Dr. Mathias Schmidt | Declared an expert in neuroradiology and entitled to give his opinion with respect to the interpretation of diagnostic imaging and on the injuries suffered by Kennedy Corrigan and the <u>significance and severity</u> of those injuries as well as any potential mechanisms of such injuries. |
| Dr. Kathryn Morrison | Declared an expert in pediatric medicine entitled to give her opinion with respect to the diagnoses of injuries sustained, the <u>significance and/or the severity</u> of such injuries as well as the potential mechanisms of those injuries. |
| Dr. Robert Macaulay | Declared an expert in neuropathology entitled to give his opinion with respect to the cause of death, injuries sustained, and the <u>severity</u> of the injuries sustained, as well as the potential mechanisms as they relate to such injuries. |
| Dr. Marnie Wood | Declared an expert in forensic pathology and medical examinations entitled to give her opinion with regard to |

| | |
|--|---|
| | cause of death, injuries sustained, the <u>significance and/or severity</u> of such injuries, and any potential mechanisms of such injuries. |
|--|---|

[51] Thus, even though the law in New Brunswick as stated in *Higgins* may have been applied, counsel for Mr. Turpin should have objected when more than five expert witnesses were called to address these “issues.” To state that counsel have an important role to assist trial judges in the exercise of their gatekeeping function is an understatement. Not only should defence counsel be vigilant and advance proper objections, but Crown counsel also must assist a trial judge in this respect. In the present case, in her decision on the Crown’s application for leave to call more than five experts, the trial judge noted it was “the position of the Crown counsel that she is not calling more than five experts for any one issue.” Moreover, the judge added, “the Crown suggests it was probably not necessary to make the application under section 7 of the *Canada Evidence Act* because of her position that she is not calling more than five experts on one issue.” In those circumstances, and on account of *Higgins*, it is not surprising the trial judge ruled there was “no reason to make any order with regard to the experts, because [she accepted] that there are five or less experts being called with regard to each of the issues before the Court.” As it turned out, the judge was misled since this was in fact not the case.

[52] I pause here to note that no one raised the question of the meaning of the word “issue” as used in *Higgins* or of the term “such facts” from *Fagnan*. No one asked whether “issue” meant one of the elements of the offence, or whether it had some other meaning. In light of my finding that neither *Higgins* nor *Fagnan* should have any application in this case because five means five, this question is now irrelevant.

[53] More than five experts were called to be examined by the Crown and, in my respectful view, there was a need to obtain leave before a sixth or more could be allowed to testify. To comply with s. 7 of the *CEA*, and as part of her gatekeeping function, it was necessary for the trial judge to consider whether leave to call more than five witnesses should be granted. Even if *Higgins* had been held to be good law, and even had the term “issue” been given a broad meaning, the fact remains that more than five expert witnesses

were called by the Crown to establish either the severity or “severity and significance” of the injuries, or the mechanism by which those injuries might have occurred. Although many of the experts called were treating physicians and could testify to their observations and their actions, it did not follow that it was necessary to extract from them opinions on critical elements of the offence or aspects of the case.

[54] In my view, even if the defence had consented to leave being granted, it would nevertheless have been necessary for the trial judge to consider the circumstances and to determine whether leave should be granted as part of her gatekeeper function. This was not done and constitutes an error in law.

[55] Having found an error of law in the application of s. 7 of the *CEA* does not, however, end the analysis. If this were a case like *Regina v. Vincent*, [1963] M.J. No. 12 (C.A.) (QL), or like *Meunier c. R.*, 2014 QCCA 1681, [2014] J.Q. n° 9853 (QL), this ground of appeal might be dismissed. In the former, the Court found that the “opinion evidence of experts played but a minor and not very significant part” (para. 2), whereas in the latter, the trial judge could be said to have implicitly granted the required leave. The present case has none of those features.

[56] Nevertheless, before Mr. Turpin’s appeal can be successful on this ground, we would have to be satisfied that this is not a case where, notwithstanding the error of law, the appeal should be dismissed because “no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred” (s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*). This might be the case if we were to find that the error was insignificant because, had the trial judge performed her gatekeeper function and given proper consideration to s. 7 of the *CEA*, she would necessarily have granted the required leave. In my view though, this is not a case where we can come to that conclusion.

[57] In *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, McLachlin C.J.C., though dissenting on the merits with L’Heureux-Dubé and Gonthier, JJ., observed that “[d]eterminations of relevance and necessity, as well as the assessment of whether the

prejudicial effect of the evidence outweighs its probative value, must be made within the factual context of the trial” (para. 12). She noted that the relevance inquiry as part of the *Mohan* criteria “is very much a function of the other evidence and issues in a case” (at para. 12 quoting Sopinka J. in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, [1988] S.C.J. No. 80 (QL), at p. 370). Then she adopted the following statement from *R. v. F. (D.S.)*, [1999] O.J. No. 688 (C.A.) (QL):

The trial judge has the advantage of hearing the evidence in issue, observing the jury and being able to appreciate the dynamics of the particular trial.... [T]he trial judge may also be in a better position to determine what may come within the normal experience of the average juror in the community in which the case is being tried. [*D.D.*, at para. 12]

[58] McLachlin C.J.C. added that “the trial judge may be in the best position to determine whether the probative value of the evidence is outweighed by its prejudicial effect on the trial” because “[t]he trial judge knows the issues, the evidence and the jury and is charged with the ultimate responsibility of running a fair trial” (para. 12). As a result, “appellate courts owe deference to decisions of trial judges to admit or reject expert evidence” (para. 13).

[59] The majority in *D.D.* also considered that “some degree of deference is owed to the trial judge’s discretionary determination of whether the *Mohan* requirements have been met on the facts of a particular case” (para. 47, per Major J.). It was only on the merits where the opinions of the majority and the minority differed.

[60] In my view, the same applies to a determination made to grant or deny leave under s. 7 of the *CEA*. A trial judge should assess the question as part of her or his gatekeeping role regarding expert witnesses. In doing so, the judge must consider, in addition to the factors to be considered as part of the *Mohan/White Burgess* analysis, factors such as those Ferguson J. listed in *Burgess*, which Bracken J. adopted in *Sam*, at para. 19:

A decision on motions like this will necessarily be fact driven and consequently it is not possible to identify a fixed

list of relevant factors. However, I conclude the following are relevant factors in this case taking into account the caselaw and the circumstances of this case:

- a. Whether the opposing party objects to leave being granted. While I can imagine situations where both parties are “overkilling” the evidence, I think that if both parties have agreed on certain numbers of experts or on filing reports from some experts in addition to calling others then this is a significant factor. While there is certainly public expense involved, in civil cases the parties bear a very substantial portion of the costs of trial which is the crux of the rule. I believe contested motions on the issue of granting leave are rare. I think that where there is no opposition then leave is usually granted.
- b. The number of expert subjects in issue.
- c. The number of experts each side proposes to have opine on each subject.
- d. How many experts are customarily called in cases with similar issues?
- e. Will the opposing party be disadvantaged if leave is granted because the applying party will then have more experts than the opposing party?
- f. Is it necessary to call more than three experts in order to adduce evidence on the issues in dispute?
- g. How much duplication is there in the proposed opinions of different experts?
- h. Is the time and cost involved in calling the additional experts disproportionate to the amount at stake in the trial?
[*Burgess*, at para. 35]

[61] As noted, circumstances may dictate other factors. As is obvious from the list, there is clearly an overlap between the s. 7 analysis and the trial judge’s gatekeeping function under *Mohan/White Burgess*. This is why, in my view, the s. 7 determination whether or not to grant a party leave to examine more than five experts is best undertaken as part of the gatekeeping role. As gatekeeper, the judge has an obligation to determine

whether proposed evidence is likely to assist the jury in its fact-finding mission or more likely to confuse and confound them, and whether the jury is likely to be overwhelmed by the evidence as opposed to keeping an open mind and objectively assess the worth of the evidence: see *Mohan* at p. 21, quoting Moldaver J. (as he then was) in *R. v. Melaragni*, [1992] O.J. No. 4176 (Gen. Div.) (QL). Obviously, the number of expert witnesses to be called, either in total or regarding any one single issue or fact, is something that must be considered in the mix. Since the trial judge is in the best position to make this determination, it follows that it would not be prudent for us at this point to attempt to determine whether or not the required leave should have been granted. Suffice it to say that some of the factors certainly militate against leave being granted in the present case.

[62] For these reasons, on the basis of the first ground of appeal, the appeal should be allowed. This renders it unnecessary to consider the other bases upon which Mr. Turpin argues the judge erred in her treatment of the expert evidence. For example, he alleges the judge erred:

- in not assisting the jury to understand the different areas of expertise of the various experts;
- by not exercising a continuing gatekeeper function as required by *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, where it is stated that “[i]t is not enough to simply consider the *Mohan* criteria at the outset of the expert’s testimony and make an initial ruling” but it is also necessary for the trial judge to “do his or her best to ensure that, throughout the expert’s testimony, the testimony remains within the proper boundaries of expert evidence” (para. 46);
- in not ensuring that the experts offered opinions based only on sound scientific principles;
- in not guarding against “confirmation bias”;
- in allowing the use of confusing or misleading language by the experts, such as “consistent with” or “not consistent with,” as though it necessarily meant caused by or not caused by (see for example *R. v. France*, 2017 ONSC 2040, [2017] O.J. No. 1875 (QL), at para. 62);

- in allowing experts to “over-reach” in their testimony by testifying outside the scope of their expertise or by stating opinion as fact;
- by not explaining to the jury that the expert’s role was to be impartial and not advocate for any side;
- by not identifying evidence that did not rule out that an accidental fall could have caused the injuries, including:
 - Dr. LaRoche’s testimony that “you could encounter this kind of hemorrhaging with all kinds of situations”;
 - Dr. Macaulay’s testimony that there was “nothing to say this patient couldn’t have two independent pathology processes going on, something that caused infarction and something that caused the traumatic axonal injury”;
 - Dr. Soder’s testimony that “nothing is absolutely impossible”; and
 - Dr. Chiasson’s testimony that it would be rare, but nothing should be excluded.

[63] It is also not necessary to address the two grounds of appeal alleging error in the trial judge’s instructions on accident and on the possibility of a verdict of manslaughter.

[64] While some of these issues might have been worthy of consideration were it not for the outcome of the first ground of appeal, I note that defence counsel at trial had not raised any objection to the judge’s charge. The failure to object does not make a jury charge error free, but such failure is nevertheless informative since counsel have a duty to assist the court in formulating a proper charge. I repeat a passage from an Ontario case this Court adopted in *Prosser v. R.*, 2015 NBCA 7, 430 N.B.R. (2d) 154, which I find applicable in the present case:

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

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

Counsel's position at trial is of course not determinative when misdirection or non-direction is raised as a ground of appeal. A legal error remains a legal error even if counsel does not object or even supports the erroneous instruction: see *R. v. Wright* (2009), 98 O.R. (3d) 665 (C.A.) at para. 27; *R. v. Van*, [2009] 1 S.C.R. 716 at para. 43. Jury instructions, particularly about the manner in which juries may consider parts of the evidence, are not, however, designed to formulate legal principles for the jury or offer abstract verbalizations of those principles. Jury instructions about the evidence must ensure the following: first, that the jury understands how the evidence can and cannot be used in the context of the particular case; and second, that the jury understands the positions taken by the defence and Crown with respect to that evidence. Counsel's considered position after examining the proposed instruction sheds valuable light on whether that proposed instruction met those two goals. This instruction did. [paras. 96-97, *Polimac*] [para. 33]

[65] While it may be unnecessary to address those other grounds of appeal relating to the judge's charge, such is not the case for the one questioning the reasonableness of the verdict. If the guilty verdict was unreasonable within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, Mr. Turpin is entitled to be acquitted. If, on the other hand, it was not reasonable for the jury to have found him guilty of second degree murder, but, upon the evidence, a conviction for manslaughter could stand as a reasonable outcome, Mr. Turpin is entitled to be acquitted of second degree murder and to a new trial on the charge of

manslaughter: *R. v. Robinson*, 2017 ONCA 645, [2017] O.J. No. 4142 (QL), at para. 51, per Doherty J.A.

B. *Was the jury's verdict of guilty of second degree murder an unreasonable verdict?*

[66] This Court recently had occasion to discuss the reasonability of a verdict. To explain the applicable standard, I can do no better than adopt the words of Drapeau C.J.N.B. (as he then was) in *Oland v. R.*, 2016 NBCA 58, [2016] N.B.J. No 288 (QL):

In *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, [1987] S.C.J. No. 51 (QL), the Court held an appeal could be allowed and an acquittal entered pursuant to s. 686(1)(a)(i) if, and only if twelve properly instructed jurors, acting judicially, could not reasonably have come to the verdict at issue. In a subsequent decision, *R. v. Biniaris*, the Supreme Court clarified that standard by declaring it required appellate courts: (1) “to review, analyse and, within the limits of appellate disadvantage, weigh the evidence” (para. 36); and (2) to carry out this process “through the lens of judicial experience which serves as an additional protection against an unwarranted conviction” (para. 40). While the latter requirement confirms the test for appellate intervention under s. 686(1)(a)(i) is “different than the one a trial judge must apply on a directed verdict application” (see *R. v. R. (J.S.)*, 2012 ONCA 568, [2012] O.J. No. 4063 (QL), at para. 69), it does not follow that the defence’s considered decision to abstain from requesting a directed verdict of acquittal is meaningless. I will return to this topic in short order.

More recently, in *R. v. W.H.*, the Supreme Court provides further helpful insights into the review process envisaged by s. 686(1)(a)(i):

On the other hand, however, the review cannot be limited to assessing the sufficiency of the evidence. A positive answer to the question of whether there is some evidence which, if believed, supports the conviction does not exhaust the role of the reviewing court. Rather, the court is required “to review, analyse and, within the limits of appellate disadvantage, weigh the evidence” (*Biniaris*, at para. 36) and consider through the lens of judicial experience, whether “judicial fact-finding precludes the

conclusion reached by the jury”: para. 39. Thus, in deciding whether the verdict is one which a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered, the reviewing court must ask not only whether there is evidence in the record to support the verdict, but also whether the jury’s conclusion conflicts with the bulk of judicial experience: *Biniaris*, at para. 40. [para. 28]

My understanding of the governing standard is summarized in Penney, Rondinelli and Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (Markham, Ont.: LexisNexis Canada Inc., 2011) at pp. 744-745:

The test to be applied by the appellate court under section 686(1)(a)(i) of the *Code* has been established by the Supreme Court of Canada as whether “the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered.” The test is equally applicable to a judge sitting at trial without a jury. Where the verdict rests primarily on circumstantial evidence, Justice Doherty noted in *R. v. Mars* that “the question becomes: could a trier-of-fact acting judicially be satisfied that the accused’s guilt was the only reasonable conclusion available on the totality of the evidence?” In considering whether a verdict is unreasonable, an appellate court is required to analyze and to some extent, reweigh the evidence adduced at trial. The court will do so through the “lens of judicial experience”, which serves as an additional safeguard against unsafe convictions. The burden on the appellant in establishing an unreasonable verdict has been described as “high” and “difficult”. Practically speaking, “at the end of the day this is a judgment call [by the court] and not a precise science. A subjective element is invariably involved in the global assessment of the case.” [para. 18.6, *Criminal Procedure in Canada*] [paras. 25-27]

[67] For the reasons set out below, when I apply this test to the present case, I conclude there was insufficient evidence on the requisite intent upon which a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have convicted Mr. Turpin of murder.

[68] The prosecution’s theory in this case was that Kennedy Corrigan did not die from a fall in the bath because the injuries suffered were too serious to have been caused

by such an event. According to the prosecution, Mr. Turpin assaulted Kennedy and the assault resulted in her death. At the very least, this would amount to manslaughter; however, the prosecution goes further and argues that, from the extent of the injuries Kennedy suffered, it was open for the jury to infer that, when he assaulted Kennedy, Mr. Turpin must have had the requisite intent for murder; that is, he must have either meant to kill her or to cause her bodily harm he knew was likely to cause her death and was reckless whether death ensued or not. By its verdict, the jury necessarily accepted the prosecution's theory for there was no other path to a murder conviction.

[69] To analyze the jury's verdict through the lens of reasonableness as that term is understood for the purposes of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, it is necessary for us to review the evidence in three steps:

- 1) Was there evidence upon which the jury could reasonably conclude Kennedy Corrigan did not die as a result of a fall in the bathtub?
- 2) Was there evidence upon which the jury could reasonably conclude Mr. Turpin assaulted Kennedy Corrigan and that the assault caused her death, in the sense that it contributed significantly to her death?
- 3) Was there evidence upon which the jury could reasonably conclude Mr. Turpin meant to kill Kennedy Corrigan or to cause her bodily harm he knew was likely to cause her death and was reckless whether death ensued or not?

[70] In *Oland*, having decided to order a new trial upon finding an error in the judge's charge to the jury, the Court did not provide a "detailed exposition of the evidence and inferences the jury could have reasonably relied upon in reaching its verdict" (para. 32). In his reasons, Drapeau C.J.N.B. (as he then was) set out several decisions that support this approach and then proceeded to offer only "general observations on the issue of verdict reasonableness" (para. 33). Because I come to the conclusion that the first two questions posed above must be answered in the affirmative, I will take the same approach. The same does not apply to the third question, which I conclude should be answered in the negative.

[71] Addressing the **first question**, it was undisputed that Kennedy Corrigan suffered a severe brain injury that caused her death. She had a bruise on the back of her head and no other visible injuries, but something happened to her brain that caused it to hemorrhage, in turn causing it to be deprived of oxygen and eventually leading to death. Thus, there was ample evidence for the jury to reach a conclusion on the cause of death.

[72] The overwhelming weight of the expert medical evidence was to the effect that children do not usually die as a result of a fall from their own height; however, some of the evidence was somewhat equivocal. I paraphrase below some of the testimony that arguably cannot be said to be **definitive** on the question of whether Kennedy's injuries could have been caused by a fall in the bathtub. Admittedly, some of it is repetitious because the comments are taken from various experts. Here is a sampling highlighting the equivocations: the injury was consistent with abuse; it would be very unusual for the injury to have resulted from a fall in the tub; it's very unlikely she was shaken; most probable cause was non-accidental trauma; probably but not quite sure it was a single blow as opposed to shaking; possible non-accidental trauma; didn't feel we had proved it beyond a shadow of a doubt; if the child was struck; the most likely cause; extremely remote but nothing in medicine is considered impossible; nothing is impossible; unlikely to be the classic injuries that you observe in a shaken baby case; not a pattern of injuries I would expect from a fall; I still don't know that I can say what happened to the child; may have been a non-accidental injury; unusual to have such extensive brain injury from a fall from one's own height; not consistent with a short fall; unlikely to be shaken baby; in medicine you can never rule out anything; nothing to say Kennedy couldn't have two independent pathology processes going on, something that caused infarction and something that caused the traumatic axonal injury but most likely cardiorespiratory arrest at the time of the injury led to widespread hypoxic ischemic encephalopathy; injury in the brain stem exceeds what would be expected from a simple fall in a bathtub; possibility of non-accidental trauma cannot be excluded; not consistent with a simple fall in the bathtub; fatalities from falls under ten feet are rare; and, this is not a case of shaken baby.

[73] It may be that the cumulative effect of the expert testimony led the jury to conclude that Kennedy did not die from a fall in the bathtub as described. It may also be that, upon a proper exercise of the gatekeeper function for the admission of expert evidence, including the requirements of s. 7 of the *CEA*, a judge would limit this type of evidence in order to avoid simply overwhelming the jury with various equivocal opinions; however, for the purpose of answering the first question on the evidentiary record as it is, there still remain two unequivocal opinions tending to demonstrate it unlikely that Kennedy died from a fall in the bathtub.

[74] Ironically, one of the most unequivocal opinions was elicited in cross-examination by defence counsel. Dr. Morrison, who had been arguably equivocal in direct examination, on cross-examination stated: “[...]what was clear to me was that it did not happen the way it was presented,” later adding, “I feel very strongly that it did not happen the way it was told to us, that something else happened” and “children don’t die from falling from their own height.” In addition, Dr. Wood candidly admitted: “[...] I am not saying I know what happened to this infant” but she also stated, “[i]t is my opinion that the findings are not explained by a simple fall from a standing height of 34 inches.” This opinion was then repeated in cross-examination. Thus, there was evidence upon which the jury could reasonably conclude Kennedy Corrigan did not die as a result of a fall in the bathtub.

[75] As for the **second question**, if the jury accepted that Kennedy did not die from a fall in the bathtub, I conclude there was then some evidence upon which it might reasonably conclude Mr. Turpin assaulted Kennedy Corrigan and that the assault caused her death, in the sense that it contributed significantly to her death. That evidence includes Mr. Turpin’s after-the-fact statements or conduct as an item of circumstantial evidence. While this evidence could only be used if other explanations for such statements or conduct were rejected, it remains that it was open to the jury, upon rejecting all other explanations, to use it to conclude Mr. Turpin lied because he had acted unlawfully. Thus, it cannot be said there was no pathway for the jury to conclude the elements of manslaughter had been established.

[76] As for the **third question**, while a finding by the jury that Mr. Turpin was not truthful in his accounts of what happened to Kennedy might be considered to infer he had acted unlawfully, this finding does not shed any light on Mr. Turpin's state of mind and therefore does not assist in the determination of his level of culpability. *R. v. Rodgeron*, 2014 ONCA 366, [2014] O.J. No. 2232 (QL), aff'd 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760, is instructive. In that case, after a night of drinking and taking drugs, the accused and the victim had gone to the accused's house where the victim was killed. When he realized she was dead, the accused decided to get rid of the body and clean the house. When the police eventually came to his house, the accused fled and, when apprehended, he lied to the police by denying any involvement in the victim's death and suggesting his roommate might have been involved. The accused was charged with first degree murder on the theory he had murdered the victim in the course of a sexual assault. At trial, he claimed self-defence. The jury convicted him of second degree murder. He appealed and was successful in having the verdict set aside and a new trial ordered on a charge of second degree murder. The Ontario Court of Appeal held the trial judge had misdirected the jury on the use it could make of the accused's after-the-fact conduct because the jury might have understood that the accused's flight from the police and his lies were potentially probative of his state of mind at the time he killed the victim. Doherty J.A. for the majority explained:

I begin with the evidence of the appellant's flight from the police and his false denials of any involvement in Ms. Young's death, both upon his arrest and in his later police interviews. That evidence was clearly relevant to certain issues at trial. For example, the flight and lies could be considered in assessing the self-defence claim: see *Peavoy*, at pp. 631-32. Evidence that the appellant fled the scene and lied to the police would support the inference that he had acted unlawfully when he caused Ms. Young's death and, more specifically, that he had not acted in self-defence.

That same evidence could not, however, as a matter of common sense and human experience, shed any light on the appellant's state of mind when he unlawfully caused Ms. Young's death. It cannot be said that the person who kills with the state of mind required for murder is more likely to flee and lie to the police than is the person who unlawfully

kills without the state of mind required for murder. Several cases in this court have held exactly that: see *R. v. Wiltse* (1994), 19 O.R. (3d) 379 (C.A.), at pp. 384-85; *R. v. Marinaro*, [1996] 1 S.C.R. 462, adopting dissent of Dubin C.J.O., (1994), 95 C.C.C. (3d) 74 (Ont. C.A.), at pp. 81-82; *Peavoy*, at pp. 630-31; *R. v. Figueroa*, 2008 ONCA 106, 232 C.C.C. (3d) 51, at paras. 33-43. See also, *R. v. Feng*, 2012 BCCA 153, 319 B.C.A.C. 151, at paras. 33-39. The reasoning in those cases applies to the evidence of the appellant's flight and lies to the police. [paras. 53-54]

[77] The accused's after-the-fact conduct of concealment and cleanup, however, was found to be relevant to the matter of intent. The Supreme Court agreed with this conclusion. As for the conduct involving flight and lies, the Supreme Court noted the Crown had conceded the trial judge had erred by instructing the jury it could consider Mr. Rodgeron's flight from and lies to the police on the issue of intent.

[78] In the present case, the trial judge did not caution the jury it could not use Mr. Turpin's after-the-fact conduct in determining Mr. Turpin's state of mind when the unlawful act might have happened. In fact, the trial judge said just the contrary, instructing the jury that it should look at Mr. Turpin's "words and conduct before, at the time and after the unlawful act that caused Kennedy Ann Corrigan's death," adding that all of it may shed light on Mr. Turpin's intent.

[79] Yet, the words of Doherty J.A. have equal application in this case: "It cannot be said that the person who kills with the state of mind required for murder is more likely to flee and lie to the police than is the person who unlawfully kills without the state of mind required for murder."

[80] This is not to say that after-the-fact conduct can never be taken into account on the issue of the mental element for second degree murder. Clearly, it can; just as the evidence of post-offence concealment and clean-up was taken into account in *Rodgeron*. More recently, in *R. v. Calnen*, 2019 SCC 6, [2019] S.C.J. No. 6 (QL), Martin J., though dissenting in part, garnered the support of all her colleagues for her comprehensive review

of the law relating to after-the-fact conduct. She explained that “[a]fter-the-fact conduct is circumstantial evidence” that allows “a fact finder to draw particular inferences based on a person’s words or actions” (para. 111). She added that “[t]he inferences that may be drawn ‘must be reasonable according to the measuring stick of human experience’ and will depend on the nature of the conduct, what is sought to be inferred from the conduct, the parties’ positions, and the totality of the evidence” (para. 112). Martin J. explained that “there is no legal impediment to using after-the-fact conduct evidence in determining the accused’s intent” and “[it] may be used to distinguish between different levels of culpability” (para. 119), but she went on to state as follows:

[...] [w]hether or not a given instance of post-offence conduct has probative value with respect to the accused’s level of culpability depends entirely on the specific nature of the conduct, its relationship to the record as a whole, and the issues raised at trial”: *White (2011)*, at para. 42. [para. 119]

[81] In the present case, Mr. Turpin’s claim that Kennedy fell in the tub, if proven to be false, would be consistent with conduct other than his necessarily having the requisite intent for murder. His failure to be truthful, if that were found to be the case, could be consistent with conduct that fell short of unlawfulness, *i.e.*, negligent conduct on his part, or with conduct that fell short of murder, such as an assault without the added intent required to commit murder. Assume, as was suggested during the trial, that Mr. Turpin violently shook Kennedy and, in the process, she unexpectedly struck her head against some hard object causing her the injuries suffered, there would not necessarily, in those circumstances, have been the requisite intent for murder. Yet, there could be incentive for Mr. Turpin to lie about what happened in order to escape the consequences of his actions. In my view, the overall conduct and context is such that “it is not possible to choose between the available inferences as a matter of common sense, experience and logic,” which is the test Martin J. instructed is relevant in determining whether the after-the-fact conduct may be relevant to the level of culpability (para. 124). There is no glaring disproportionality between the statements Mr. Turpin might have made to deflect suspicion away from him and his level of culpability, which is also a factor to consider. This is not a case as in *Rodgerson* where the after-the-fact conduct could be said to have been designed

to hide the nature and extent of the injuries suffered by the victim, both of which could be indicative of the offender's level of culpability; nor is it a case as in *Calnen* where there was other evidence indicative of intent and where the accused hid the victim's body in a remote location and then embarked on a multi-step process to completely destroy the body by burning it. In my view, as a matter of logic, common sense and human experience, Mr. Turpin's claim of Kennedy having fallen in the bathtub, if rejected, does not make it more likely that he meant to kill her or cause her bodily harm knowing that it was likely to cause her death and was reckless as to whether death ensued. Thus, the jury should have been told not to consider this evidence on the question of the level of Mr. Turpin's culpability.

[82] When the after-the-fact conduct is properly taken out of the mix in assessing the element of intent, all that should have been left for the jury to consider on the question of the requisite intent for murder was the nature and extent of Kennedy's injuries. In *Rodgerson*, Moldaver J. for the Supreme Court noted the cornerstone of the Crown's case on the matter of intent "was the nature and extent of the injuries suffered by [the victim], and the degree of force required to inflict them" (para. 19). He added, "[t]he more severe the injuries caused by Mr. Rodgerson, and the more force required to inflict them, the stronger the inference that he intended to kill [the victim]" (para. 19). Moldaver J. agreed the nature and extent of the injuries and the force used to inflict them are factors the jury may consider in assessing intent, proposing a more specific jury instruction in this regard: para. 29.

[83] In some cases, the nature and extent of a victim's injuries will, when assessed with the circumstances of the case, lead to the inescapable inference that there must have been an intent to kill. Take, for example, a victim who is repeatedly stabbed or who suffers multiple blows to the head. However, the same cannot be said of the present case. Although many of the expert witnesses did not believe Kennedy's injuries resulted from a fall in the bathtub, none were able to offer a definitive explanation of how she was injured. Admittedly, the force was said to be significant, with many witnesses describing it as akin to a car accident or a significant fall; however, the fact is that Kennedy suffered a bruise to the back of the head and no injury to any other part of her body. No one

conclusively believed she died from being shaken, with many experts saying just the opposite. In my view, disregarding the after-the-fact conduct, a jury properly instructed could not reasonably and conclusively find that the only explanation for Kennedy's head injury was that Mr. Turpin inflicted them with the requisite intent for murder. It is equally plausible that he applied force to her without that intent. When I view this matter through the lens of judicial experience, there are explanations consistent with an event short of murder that simply cannot be discounted. This was a circumstantial case. In my view, it is simply not possible to say that a jury properly instructed, acting judicially, could be satisfied that Mr. Turpin's guilt with the requisite intent for murder was the only reasonable conclusion available on the totality of the evidence. That being the case, the third question posed above must be answered negatively.

III. Disposition

[84] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the conviction on the charge of second degree murder, enter an acquittal on that charge, and order a new trial on the charge of manslaughter. As a result, it is not necessary to address the application for leave to cross-appeal on the period of parole ineligibility, which I would have dismissed in any event.

LE JUGE RICHARD, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] Le 2 avril 2004, Michael Terry prenait soin de son jeune fils à la maison lorsque, peu après 9 h, il a entendu quelqu'un frapper à la porte. Quand il a ouvert la porte, il a vu James Turpin, en état de panique, qui tenait dans ses bras une jeune enfant inconsciente. M. Turpin, vêtu seulement d'un tee-shirt, d'un caleçon boxeur et de chaussettes, a demandé de façon hystérique à M. Terry de les conduire à l'hôpital. Jugeant la situation grave, M. Terry a demandé à M. Turpin d'étendre l'enfant sur une chaise. Il a reconnu l'enfant; c'était Kennedy Corrigan, âgée de deux ans et vivant juste à côté avec sa mère, Connie Corrigan, qui entretenait une relation avec M. Turpin. Kennedy portait uniquement une petite culotte. M. Turpin a expliqué qu'elle avait fait une chute dans la baignoire et avait perdu connaissance. M. Terry a remarqué que la petite fille n'était pas mouillée.

[2] Presque immédiatement, M. Terry a composé le 911. Il a répété au téléphoniste ce que M. Turpin lui avait dit. Pendant qu'il parlait au téléphoniste, M. Terry a entendu M. Turpin, manifestement bouleversé, qui tentait de réveiller la jeune fille. Interrogé encore une fois par M. Terry, M. Turpin a expliqué que Kennedy avait [TRADUCTION] « frappé l'arrière de sa tête [...] juste au moment où [il] entrai[t] dans la salle de bains ».

[3] Les ambulanciers paramédicaux sont bientôt arrivés au domicile de M. Terry et on leur a expliqué que Kennedy était tombée dans la baignoire. Jugeant que Kennedy souffrait de détresse respiratoire, les premiers intervenants ont décidé de la conduire à l'Hôpital D^r Everett Chalmers, à Fredericton. M. Turpin a accompagné Kennedy dans l'ambulance. Pendant ce temps, M. Terry a convenu de prendre soin de

Chloe, la propre fille âgée de près de trois ans de M. Turpin qui passait du temps au domicile des Corrigan.

[4] On a téléphoné à Connie Corrigan, qui s'est rapidement rendue à l'hôpital. Quand elle y est arrivée, elle y a retrouvé sa fille inconsciente, à qui des membres du personnel hospitalier très inquiets prodiguaient des soins. On a escorté M^{me} Corrigan hors de la salle de traumatologie, où elle n'était pas autorisée à rester auprès de sa fille, et on lui a dit où elle pouvait trouver M. Turpin. M^{me} Corrigan a retrouvé M. Turpin dans une salle, toujours vêtu d'un tee-shirt, d'un caleçon boxeur et de chaussettes. Il était [TRADUCTION] « incohérent ». M^{me} Corrigan a demandé à M. Turpin ce qui s'était passé, mais elle n'a pas obtenu de lui une [TRADUCTION] « réponse franche ». D'après M^{me} Corrigan, ce qu'il disait [TRADUCTION] « n'était pas logique ». Elle commençait à éprouver de la colère contre lui. M. Turpin a donné à M^{me} Corrigan des explications [TRADUCTION] « décousues » et confuses. Elle [TRADUCTION] « a cru comprendre qu'il l'avait frappée avec une poignée de porte en entrant dans la pièce, la baignoire, elle avait chuté », mais [TRADUCTION] « [c]'était très décousu et – et rien – il n'y avait rien de bien clair ».

[5] Le personnel hospitalier a jugé M. Turpin [TRADUCTION] « hystérique » et [TRADUCTION] « désespéré ». À un certain moment, M. Turpin a informé l'un des médecins que Kennedy ne se sentait pas très bien la veille au soir puis de nouveau le matin même. Il a expliqué que, comme elle avait de la vomissure dans les cheveux, il l'avait amenée prendre un bain. Il semblerait que M. Turpin avait voulu donner un bain aux deux petites filles. Il a dit que sa propre fille s'était enfuie de la salle de bains et que, quand il s'était retourné, il avait vu Kennedy tomber et se frapper l'arrière de la tête dans la baignoire.

[6] Bien que M. Turpin ait toujours soutenu que Kennedy était tombée dans le bain et s'était frappée l'arrière de la tête dans le fond de la baignoire, certains détails manquaient de cohérence, particulièrement quant à la question de savoir si, effectivement, il avait mis les deux petites filles dans la baignoire, ou si toutes deux étaient effectivement

dans la salle de bains en même temps. Au moins l'un des médecins a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une [TRADUCTION] « grande incohérence [...] parce qu'il était bouleversé et que [l'on] pouvait s'attendre à ce que le récit change un peu ».

[7] Un tomodensitogramme a révélé que le traumatisme subi avait causé à Kennedy des hématomes dans les tissus mous, un œdème et une hémorragie dans diverses parties du cerveau, mais ne lui avait pas occasionné de fracture. Il n'y avait aucune hémorragie externe ni contusion visible sur d'autres parties de son corps. Le diagnostic en était un de très grave lésion cérébrale évolutive. On a mis Kennedy sous sédation, on lui a administré des médicaments pour empêcher que la pression s'accroisse dans le cerveau, on l'a intubée puis on l'a transférée à l'hôpital IWK à Halifax.

[8] Tandis qu'une équipe transportait Kennedy à Halifax par un vol d'évacuation médicale, M^{me} Corrigan, sa cousine et le fiancé de cette dernière s'y sont rendus en automobile. Pendant ce temps, M. Turpin avait téléphoné à un ami pour pouvoir aller chercher sa fille chez M. Terry. De là, M. Turpin et son ami iraient reconduire Chloe chez sa mère, à Dalhousie, un trajet qui prenait quatre heures et demie. En route, M. Turpin a voulu arrêter périodiquement pour appeler M^{me} Corrigan. À Dalhousie, la fille de M. Turpin a été laissée aux soins de son grand-père, puis M. Turpin est retourné au domicile de M^{me} Corrigan.

[9] Tôt le matin, le 3 avril 2004, un policier a arrêté M. Turpin pour excès de vitesse à Oromocto. Un feu rouge arrière du véhicule de M. Turpin était aussi brisé. M. Turpin a informé le policier qu'il devait absolument se rendre à Halifax. Il a expliqué qu'alors qu'il prenait soin de Kennedy, celle-ci avait fait une chute dans la baignoire, s'était frappée l'arrière de la tête dans le fond de la baignoire, avait perdu connaissance, puis avait été conduite à l'hôpital et enfin transférée à un autre à Halifax. En vérifiant l'identité de M. Turpin, le policier a constaté l'existence de deux mandats non exécutés contre lui : un mandat de dépôt en l'absence de paiement d'amendes en souffrance et un mandat d'arrestation pour défaut de comparaître pour l'instruction d'une accusation. Les droits de

conducteur de M. Turpin avaient aussi été suspendus. Au poste de police, M. Turpin a rejoint M^{me} Corrigan à l'hôpital IWK et celle-ci a confirmé la situation au policier. Le policier a décidé de libérer M. Turpin pour des raisons de compassion, mais il lui a enjoint de se rendre une fois de retour d'Halifax. M. Turpin ne pouvant conduire en raison de la suspension de ses droits de conducteur, il a téléphoné à son ami pour qu'il vienne le chercher au poste de police.

[10] M. Turpin s'est finalement rendu à Halifax. Dirigé vers le bureau d'un travailleur social à son arrivée, il a été interrogé au sujet de l'incident. Il a semblé à M^{me} Corrigan que M. Turpin se préoccupait de Kennedy et de ses blessures.

[11] Pendant ce temps, la GRC a lancé une enquête, dans le cadre de laquelle la résidence de M^{me} Corrigan a été fouillée, des photos et un enregistrement vidéo ont été pris et des membres du personnel médical ont été interrogés. Deux agents se sont rendus à Halifax pour y rencontrer Connie Corrigan et M. Turpin. Ils ont demandé à M. Turpin de les accompagner au poste de police d'Halifax et ils l'ont informé qu'il avait le droit de parler à un avocat et de garder le silence et que tout ce qu'il dirait pourrait être utilisé contre lui. Tout au long de l'interrogatoire de 17 minutes, M. Turpin a affirmé qu'il avait déjà raconté ce qui s'était passé : elle avait fait une chute. Pendant que la police lui faisait sans relâche subir un interrogatoire serré, M. Turpin n'a pas cessé de dire qu'il voulait retourner à l'hôpital.

[12] À un certain moment après l'interrogatoire de la police, M. Turpin a dit à M^{me} Corrigan qu'il craignait que les policiers [TRADUCTION] « [lui] collent ça sur le dos ». Malgré tout, il n'a jamais cessé d'affirmer que Kennedy était tombée dans la baignoire; M^{me} Corrigan a toutefois déclaré qu'il ne lui avait pas donné beaucoup de détails et qu'il devenait agité lorsqu'on lui en demandait, [TRADUCTION] « comme si cela lui était difficile de revivre [l'événement] ».

[13] Malheureusement, Kennedy Corrigan ne s'est jamais remise des blessures subies le 2 avril et, une semaine plus tard, les appareils de maintien des fonctions vitales ont été débranchés et Kennedy est morte dans les bras de sa mère.

[14] Lorsque M^{me} Corrigan est revenue à la maison, elle a constaté que la salle de bains avait déjà été nettoyée. La couette de sa chambre à coucher, où les enfants avaient dormi la nuit du 1^{er} avril, était dans le lave-linge. À son retour, M. Turpin ne s'est pas rendu immédiatement aux autorités comme on lui avait enjoint de le faire.

[15] Une autopsie a été pratiquée, laquelle a permis d'établir qu'un traumatisme crânien fermé était la cause du décès de Kennedy; le mode de décès, toutefois, n'a pu être déterminé.

[16] La GRC a poursuivi son enquête. M. Turpin a finalement été arrêté en application des mandats non exécutés. Le 3 mai 2004, deux agents l'ont interrogé au Centre correctionnel de Dalhousie. On lui a de nouveau fait la mise en garde et on l'a informé qu'il pouvait communiquer avec un avocat. M. Turpin a donné un coup de fil à son avocat, mais il n'a pu le joindre. Les policiers ont continué de l'interroger pendant l'heure qui a suivi. M. Turpin a affirmé avec insistance que, le matin du 2 avril, il voulait faire prendre un bain aux deux petites filles parce qu'il pouvait sentir de la vomissure sur les cheveux de Kennedy. Il a commencé à faire couler de l'eau dans la baignoire, il y a placé Kennedy puis il s'est retourné pour prendre sa propre fille, mais celle-ci est sortie en courant. Il a expliqué que tout s'était passé très vite. Alors qu'il sortait de la pièce pour aller chercher sa fille, il s'est retourné et a vu Kennedy se lever, glisser et tomber. Il s'est immédiatement occupé d'elle. Il l'a sortie de la baignoire et l'a étendue sur une serviette. Elle était inconsciente et semblait avoir du mal à respirer. M. Turpin a cru qu'elle était simplement [TRADUCTION] « assommée » et qu'elle allait reprendre connaissance. Cela ne se produisant pas immédiatement, M. Turpin lui a mis une petite culotte, l'a prise dans ses bras puis, en état de panique, il s'est rendu chez le voisin. Bien qu'interrogé sans relâche pendant une heure, M. Turpin n'a pas cessé d'affirmer que Kennedy était tombée dans la baignoire.

[17] Le 23 novembre 2004, un policier a procédé à l'arrestation de M. Turpin au domicile de sa mère et il l'a conduit au poste de police de Dalhousie où on lui a de nouveau fait la mise en garde. De là, M. Turpin a été conduit au bureau de la Force policière de

Bathurst et, le lendemain, il a été interrogé. L'interrogatoire, enregistré sur bande vidéo, a duré un peu plus de deux heures. La transcription de 28 pages révèle que, pendant pratiquement tout l'interrogatoire, le policier a sermonné M. Turpin, il lui a exprimé ses propres opinions et il lui a même parfois menti. M. Turpin n'a presque rien dit. Il a pleuré, il a demandé à voir sa mère qui, croyait-il, allait venir au poste de police et il n'a pas cessé d'affirmer que Kennedy avait glissé dans la baignoire et s'était frappé la tête.

[18] Aucune accusation n'a été portée immédiatement après le décès de Kennedy Corrigan; le dossier de police, toutefois, n'était pas clos. En 2006, les policiers ont poursuivi leur enquête en rencontrant des médecins au Hospital for Sick Children de Toronto : le D^r David Chiasson, pathologiste judiciaire, et le D^r William Halliday, neuropathologiste. Les renseignements obtenus des médecins n'ont pas fait évoluer l'enquête. Le dossier est donc resté en suspens jusqu'en 2013, après la création du Groupe des affaires non résolues. L'agent affecté à ce groupe a poursuivi l'enquête en passant en revue tous les documents au dossier et en sollicitant un autre avis médical auprès du bureau du médecin légiste à Halifax. En 2014, la D^{re} Marnie Wood, pathologiste judiciaire, a examiné tous les documents et elle a donné à la police un avis médical qui a finalement conduit, le 3 juin 2015, soit plus de onze ans après le décès de Kennedy Corrigan, au dépôt d'une accusation de meurtre contre M. Turpin.

[19] M. Turpin a choisi de subir un procès devant juge et jury. Avant qu'un tableau des jurés ne soit formé, on a procédé à un voir-dire pour trancher un certain nombre de questions, notamment celle de savoir s'il y avait lieu d'autoriser le ministère public à interroger plus de cinq témoins experts. Cette question s'est posée en raison de l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, libellé comme suit :

7 Where, in any trial or other proceeding, criminal or civil, it is intended by the prosecution or the defence, or by any party, to examine as witnesses professional or other experts entitled according to the law or practice to give opinion evidence, not more than five of such witnesses may be

7 Lorsque, dans un procès ou autre procédure pénale ou civile, le poursuivant ou la défense, ou toute autre partie, se propose d'interroger comme témoins des experts professionnels ou autres autorisés par la loi ou la pratique à rendre des témoignages d'opinion, il ne peut être

called on either side without the leave of the court or judge or person presiding. appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside.

[20] L’avocate du ministère public a soutenu qu’il était nécessaire d’appeler à témoigner les nombreux médecins qui avaient examiné et traité Kennedy Corrigan ou qu’on avait consultés au sujet de son traitement. La poursuivante a laissé entendre qu’il n’était probablement pas nécessaire de présenter une demande au titre de l’art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, parce qu’au plus cinq experts étaient appelés à témoigner sur toute question donnée. La thèse du ministère public à cet égard faisait certainement allusion à l’état du droit à cette époque au Nouveau-Brunswick, lequel faisait suite à l’arrêt de notre Cour dans l’affaire *R. c. Higgins* (1979), 28 R.N.-B. (2^e) 20, [1979] A.N.-B. n° 277 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée à 29 R.N.-B. (2^e) 450. Dans une décision datée du 18 février 2016 sur le voir-dire, la juge du procès n’a pas statué expressément sur la demande du ministère public sollicitant l’autorisation d’appeler plus de cinq témoins experts, et elle a réglé la question comme suit :

[TRADUCTION]

Il n’y a aucune raison de rendre une ordonnance quelconque au sujet des experts, comme je conviens que cinq experts ou moins sont appelés à témoigner à l’égard de chacune des questions dont est saisie la Cour.

[21] Au procès, le ministère public a appelé 12 témoins en tout pour qu’ils présentent un témoignage d’opinion. Même si l’on a finalement demandé aux 12 témoins leur opinion sur la gravité des blessures de Kennedy, et que huit d’entre eux ont donné leur opinion sur le mécanisme de décès, aucune demande n’a été présentée au titre de l’art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Au nom de M. Turpin, l’avocate de la défense a cité comme témoins experts les D^{rs} Chiasson et Halliday, que la police avait consultés en 2006.

[22] À l’issue d’un long procès, le jury a reconnu M. Turpin coupable de meurtre au deuxième degré. Le jury a refusé de formuler une recommandation quant au nombre d’années que M. Turpin devait passer en prison avant d’être admissible à la libération

conditionnelle. Finalement, la juge du procès lui a infligé une peine d'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant d'avoir purgé dix ans de la peine. La juge a aussi rendu diverses ordonnances accessoires et ordonné à M. Turpin de payer une suramende compensatoire.

[23] M. Turpin interjette appel de la déclaration de culpabilité et le ministère public demande l'autorisation de former un appel reconventionnel relativement à la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Dans un avis d'appel modifié, M. Turpin fait valoir trois moyens d'appel. Il soutient que la juge du procès a commis des erreurs de droit dans son [TRADUCTION] « traitement de la preuve d'expert », en [TRADUCTION] « omettant de donner des directives appropriées au jury relativement à la notion d'accident » et en [TRADUCTION] « omettant de donner des directives quant à la possibilité de prononcer un verdict d'homicide involontaire coupable ». Dans un nouvel avis d'appel modifié, M. Turpin soutient également que [TRADUCTION] « le verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcé par le jury était déraisonnable ».

[24] L'appel et l'appel reconventionnel ont initialement été plaidés devant une formation composée de trois juges. À la suite de l'audition, toutefois, il est devenu manifeste qu'une des questions en litige incitait à réexaminer l'interprétation donnée, dans l'arrêt *Higgins*, à l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Par conséquent, au nom de la formation, j'ai ordonné la tenue d'une nouvelle audience devant une formation composée de cinq juges, dont les trois juges ayant initialement instruit l'appel.

II. Analyse

A. *La juge du procès a-t-elle [TRADUCTION] « traité » erronément la preuve d'expert?*

[25] Pour être admise, une preuve d'expert doit être pertinente, nécessaire et fiable : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, [1994] A.C.S. n° 36 (QL), p. 20 à 25. Ces conditions doivent aussi être évaluées « par rapport au délai, au préjudice, à la confusion qui peuvent

résulter » : *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, au par. 47. Le juge du procès joue un rôle de « gardien » pour veiller à ce que « les avantages de [l']admission [du témoignage] l'emportent sur le préjudice potentiel pour le procès » : *R. c. Bingley*, 2017 CSC 12, [2017] 1 R.C.S. 170, au par 16. L'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* assortit la preuve d'expert d'une autre restriction, en limitant à cinq le nombre de témoins experts que le ministère public ou la défense peut appeler sans la permission du tribunal. Selon l'arrêt *Higgins*, cela signifie cinq témoins experts par question soulevée; selon d'autres décisions, cinq veut bien dire cinq.

[26] L'affaire *Higgins*, comme celle qui nous occupe, concernait un appel interjeté contre une déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. L'un des moyens d'appel avancés voulait que le juge du procès eût commis une erreur de droit en permettant au ministère public, qui n'en avait pas obtenu la permission, d'appeler plus de cinq experts pour qu'ils rendent un témoignage d'opinion. Le juge d'appel Limerick a fait peu de cas de ce moyen. Il a simplement déclaré :

[TRADUCTION]

Le moyen voulant que le juge du procès a enfreint l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* en permettant que plus de cinq experts soient appelés à témoigner n'est pas fondé. J'appliquerais le raisonnement de la Cour suprême du Canada dans *Fagnan c. Ure et al.*, 13 D.L.R. (2d) 273. Dans cette cause, il a été décidé qu'une disposition semblable ne limitait que le nombre de témoins qui pouvaient déposer sur chaque question soulevée et non sur l'ensemble des questions soulevées lors du procès. Dans l'affaire qui nous occupe, chacun des sept experts appelés à témoigner était expert dans un domaine de compétence distinct et était appelé à témoigner sur des questions différentes.

De plus, je suis d'avis que cette disposition a été édictée pour empêcher d'abuser du droit d'appeler des experts à témoigner. Sans une telle disposition, une partie pourrait faire témoigner le nombre d'experts de son choix et le tribunal ne pourrait refuser de les entendre, dans la mesure où leur témoignage serait pertinent, sans s'exposer à des allégations d'avoir rejeté sans droit des éléments de preuve. Le simple fait que le tribunal permette le témoignage d'un

sixième ou d'un septième expert est la seule approbation que le juge du procès a à donner. Rien dans la *Loi sur la preuve au Canada* n'oblige à présenter une requête préliminaire formelle au juge quant au nombre d'experts que l'on peut faire témoigner. [par. 11 et 12]

[27] En somme, même si l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit qu'il « ne peut être appelé plus de cinq [...] témoins [experts] de chaque côté sans la permission du tribunal », il ressort de l'arrêt *Higgins* les deux principes suivants : (1) pas plus de cinq signifie pas plus de cinq par question soulevée; (2) aucune permission préalable n'est requise avant d'appeler plus de cinq témoins experts, même à l'égard d'une seule et même question.

[28] Cette composante de l'arrêt *Higgins* n'a été appliquée qu'une seule fois par notre Cour. Dans l'arrêt *R. c. Eatman (P.L.)* (1999), 222 R.N.-B. (2^e) 120, [1999] A.N.-B. n°554 (C.A.) (QL), aussi une affaire de meurtre au deuxième degré, la Cour a cité les deux paragraphes pertinents de l'arrêt *Higgins* et a décidé que, comme il s'agissait de l'état du droit au Nouveau-Brunswick au moment du procès, il serait injuste « de contester l'interprétation retenue dans l'arrêt *Higgins* et d'envisager l'idée de conclure à une erreur justifiant l'infirmité de la décision sur ce point » (par. 14). Il semble qu'à la différence de la présente affaire, la Cour n'était pas conviée formellement alors à réexaminer son interprétation de l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[29] L'interprétation donnée à l'art. 7 dans l'arrêt *Higgins* semble n'avoir été examinée que dans trois décisions rendues dans d'autres provinces, dans lesquelles l'on n'a pas souscrit sans équivoque, d'ailleurs, au raisonnement qui y était suivi.

[30] Dans la décision *R. c. Morin*, [1991] O.J. No. 2528 (C. J. Ont. (Div. gén.)) (QL), le juge Donnelly a simpletment évoqué l'arrêt, tout en permettant au ministère public d'appeler plus de cinq experts à témoigner, ayant conclu qu' [TRADUCTION] « [i]l ne s'agit pas d'un cas de présentation d'une batterie imposante de témoins scientifiques ».

[31] Dans l'affaire *R. c. Noyes*, [1991] B.C.J. No. 3091 (C.A.) (QL), un certain nombre d'experts, dont huit psychiatres, avaient été appelés à témoigner au cours d'un long procès. La défense a fait objection lorsque le huitième expert a été appelé, la limite permise par l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* étant dépassée. C'est seulement à ce moment que l'on a remarqué que deux experts de plus que le nombre d'experts pouvant être appelés avaient déjà témoigné; le juge du procès a alors déclaré qu'il aurait accordé la permission si on la lui avait demandée précédemment. Le juge a aussi autorisé le huitième expert à témoigner. En appel, la cour a conclu qu'il relevait de la compétence et du pouvoir généraux du juge d'accorder l'autorisation rétroactivement. En ce qui concerne l'arrêt *Higgins*, la cour a souligné que [TRADUCTION] « même s'il n'était pas nécessaire de se fonder sur cet arrêt », le juge d'appel Limerick y avait [TRADUCTION] « clairement indiqué que, du simple fait qu'un témoin témoignait à la barre, le juge du procès était réputé avoir accordé la permission requise » (par. 26) (c'est moi qui souligne).

[32] Enfin, dans *Sam c. British Columbia*, 2016 BCSC 86, [2016] B.C.J. No. 87 (QL), la cour a rejeté le fondement de l'interprétation donnée à l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* dans l'arrêt *Higgins*. Saisi d'une demande d'autorisation d'appeler plus de cinq experts à témoigner, demande présentée au titre de l'art. 7, le juge Bracken a fait observer que l'on ne s'était penché sur cette disposition que dans peu de décisions. Il a indiqué : [TRADUCTION] « Il semble qu'on s'accorde davantage pour dire que la *Loi* restreint le nombre d'experts à cinq par partie » plutôt qu'à cinq par question soulevée (par. 4). Comme le juge Bracken l'explique, cette interprétation plus restrictive est compatible avec la présence d'une disposition qui permet une autorisation. Le juge Bracken n'a trouvé que cinq décisions ayant retenu l'interprétation plus large des cinq experts par question soulevée, soit trois de l'Alberta (y compris *Fagnan c. Ure et al.*, [1958] S.C.R. 377, [1958] S.C.J. No. 26 (QL), l'arrêt sur lequel la cour dans *Higgins* s'est fondée) et deux du Nouveau-Brunswick : les arrêts *Higgins* et *Eatman*.

[33] La première décision provenant de l'Alberta était *In re Scamen et al. c. Canadian Northern R. Co.*, [1912] A.J. No. 21 (C.S.) (QL). Dans de brefs motifs, le juge en chef Harvey, s'exprimant au nom de la cour plénière, n'a pas précisé la disposition qu'il

interprétait, mais il s'agit vraisemblablement d'une version antérieure de la disposition examinée dans *Fagnan*. Le juge en chef Harvey a arrêté que la disposition limitait à trois le nombre de témoins ayant le droit de rendre un témoignage d'opinion sur tout fait en litige particulier. Il en est venu à cette conclusion parce que la disposition était considérée comme se rapportant à la preuve sous forme d'opinion de manière générale et pas exclusivement aux opinions d'experts. Le juge en chef Harvey a fait observer que, dans bien des cas, des témoins profanes pouvaient être appelés à rendre un témoignage d'opinion. Il a conclu que, si l'on interprétait l'article littéralement, seulement trois témoins exprimant une opinion, y compris les témoins profanes, pourraient témoigner lors d'un procès. Il a donc interprété la disposition comme restreignant à trois le nombre de témoins pouvant être appelés pour prouver un fait particulier.

[34] Dans *Fagnan*, l'avocat du demandeur avait appelé un témoin en réplique pour qu'il rende un témoignage d'opinion. L'avocat de la défenderesse s'y était opposé au motif que le demandeur avait déjà appelé et interrogé trois autres témoins autorisés à rendre un témoignage d'opinion. L'objection se fondait sur l'art. 10 de la *Alberta Evidence Act*, R.S.A. 1942, c. 106, libellé comme suit : [TRADUCTION] « Lorsqu'une partie se propose d'interroger comme témoins des personnes autorisées par la loi ou la pratique à rendre des témoignages d'opinion, chaque partie ne peut appeler plus de trois de ces témoins. » Le juge du procès a rejeté l'objection. À la Cour suprême du Canada, le juge Cartwright (tel était alors son titre) a conclu qu'en réalité seulement deux témoins avaient déjà rendu un témoignage d'opinion au sens de l'art. 10; cependant, il a également fait siens les propos du juge en chef Harvey dans l'arrêt *Scamen*, une affaire qui se rapportait dans les faits à la même disposition. Il a souscrit au résumé figurant dans le sommaire de l'arrêt :

[TRADUCTION]

Selon l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 10 de la *Alberta Evidence Act*, 1910, 2nd sess., ch. 3, lorsqu'un procès ou une enquête met en cause plusieurs faits, à l'égard desquels un témoignage d'opinion peut être rendu, une partie est en droit d'appeler trois témoins devant rendre un témoignage d'opinion à l'égard de chacun de ces faits, et n'a pas à se limiter à trois témoins de ce type pour l'ensemble du procès. [p. 312]

[35] Le juge Cartwright a appliqué la règle d'interprétation expliquée dans *Ex parte Campbell; In re Cathcart* [(1870), L.R. 5 ch. 703, p. 706], selon laquelle, lorsque les dispositions d'une loi ont été interprétées par les tribunaux et que le législateur les a répétées sans modification dans une loi ultérieure, ce dernier est réputé, en les employant, leur avoir donné le sens retenu par les tribunaux. Il a ainsi conclu que l'interprétation donnée dans l'arrêt *Scamen* devait prévaloir.

[36] La troisième décision albertaine mentionnée par le juge Bracken est *Hamilton c. Brusnyk and Demchuk*, [1960] A.J. No. 68 (C.S.) (QL). Même si la disposition pertinente avait alors été modifiée, par l'ajout des mots [TRADUCTION] « sans la permission du tribunal, qui doit être sollicitée avant l'interrogatoire de tout témoin de ce type », le juge du procès semble s'être senti lié par l'arrêt *Fagnan* dans cette affaire. Il a conclu que l'avocat [TRADUCTION] « n'était pas tenu de demander la permission de la cour, à quelque étape que ce soit, pour appeler plus de trois témoins à donner des témoignages d'opinion, à moins qu'il n'ait l'intention d'en appeler plus de trois à l'égard de chaque [TRADUCTION] « fait », pour reprendre le terme employé par le juge en chef Harvey, ou à l'égard de chaque [TRADUCTION] « question », pour reprendre le terme employé par le juge Cartwright, en cause dans l'action » (par. 41).

[37] Quant aux arrêts *Higgins* et *Eatman*, le juge Bracken a souligné ce qui suit : [TRADUCTION] « [L]a Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a fait abstraction de la différence essentielle existant entre le contexte de l'arrêt *Fagnan* (les dispositions législatives alors en vigueur en Alberta ne donnaient ouverture à aucune autorisation) et le contexte dans lequel s'inscrivaient les autres lois – concernant la preuve en matière civile du Canada, de l'Ontario, du Manitoba et également du Nouveau-Brunswick – dont les dispositions permettaient de demander la permission d'appeler davantage d'experts » (par. 9).

[38] Le juge Bracken a ensuite passé en revue un certain nombre de décisions où l'on avait interprété de façon plus restrictive l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ou des dispositions similaires, notamment : *Altana Pharma Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2007 CF

1095, [2007] A.C.F. No. 1421 (QL); *Burgess (Litigation guardian of) c. Wu*, [2005] O.J. No. 929 (C. sup. Ont.) (QL); *Bank of America Canada c. Mutual Trust Co.*, [1998] O.J. No. 1524 (C.J. Ont. (Div. gén.)) (QL); *Buttrum c. Udell*, [1925] O.J. No. 16 (C.A.) (QL); *B.C. Pea Growers Ltd. c. City of Portage La Prairie*, [1964] M.J. No. 48 (C.A.) (QL). On a essentiellement conclu dans ces décisions que l'arrêt *Fagnan* n'était une autorité impérative qu'en regard de l'interprétation de la loi albertaine, en sa version de l'époque. Pour un examen détaillé des affaires où l'on a décidé en ce sens, voir *Eli Lilly and Company c. Apotex Inc.*, 2007 CF 1041, [2007] A.C.F. n° 1367 (QL), le juge Hughes, aux par. 12 à 27.

[39] On peut aussi consulter à ce titre l'arrêt *Rex. c. Barrs*, [1946] A.J. No. 39 (C.A.) (QL), dans lequel une formation de cinq juges de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta s'est penchée sur la limite au nombre de témoins experts prescrite à l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*. S'exprimant au nom de la cour, le juge en chef Harvey a souligné que l'article 7 était [TRADUCTION] « très différent » de l'article examiné dans l'arrêt *Scamen*, le premier permettant, à la différence du deuxième, de demander la permission d'appeler plus de cinq témoins experts. Il a conclu que l'arrêt *Scamen* [TRADUCTION] « ne peut servir [à interpréter l'art. 7] » (par. 27).

[40] Pour en revenir à la décision *Sam*, j'ajouterais que le juge Bracken a poursuivi son analyse en renvoyant à l'ouvrage *Halsbury's Laws of Canada* (en ligne), *Evidence* (réimpression en 2014), « Opinion Evidence: Expert Opinion: Procedural Aspects » (VI.3.(2)(b)), HEV-155, « Statutory Limit on Number of Experts », dans lequel Hamish C. Stewart affirmait que [TRADUCTION] « l'interprétation "en fonction du nombre de questions soulevées" ne doit pas être retenue lorsque la loi permet au tribunal d'accorder une permission » (par. 17). Entre parenthèses, c'est aussi l'avis des auteurs S.C. Hill, D.M. Tanovich et L.P. Strezos, qui, dans l'ouvrage *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5^e éd. (Toronto : Thomson Reuters, 2013) (édition à feuilles mobiles mise à jour en 2019, 2^e publication), au §12:30.40.50, affirment que [TRADUCTION] « [b]ien que, selon certains précédents, le nombre limite de cinq témoins experts vaudrait à l'égard de toute question soulevée dans le cadre du procès, il est préférable de considérer qu'il vaut pour la totalité de la preuve d'une partie ».

[41] Avec égards, je souscris aux avis exprimés sur le sujet dans *Halsbury's Laws of Canada* et dans *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*. « Suivant le principe fondamental de l'interprétation des lois, il faut examiner le libellé explicite de la disposition. En cas d'ambiguïté, il peut être nécessaire d'avoir recours à des facteurs externes pour la dissiper : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 44 » (*R. c. D.A.I.*, 2012 CSC 5, [2012] 1 R.C.S. 149, par. 26). Comme beaucoup d'autres l'ont relevé, la loi albertaine visée dans l'arrêt *Fagnan* ne prévoyait pas qu'un tribunal puisse permettre que plus de trois témoins rendent un témoignage d'opinion. Cela étant, les principes d'interprétation législative obligeaient le tribunal, pour bien interpréter la disposition, à discerner l'intention du législateur. À mon avis, l'interprétation de la disposition législative albertaine ne saurait s'appliquer lorsque, comme à l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* et dans les dispositions similaires de lois provinciales, il est expressément prévu que, sur autorisation du tribunal, davantage de témoins experts pourront témoigner. L'intention qu'avait le législateur en adoptant l'art. 7 est aussi claire que la disposition elle-même : nulle partie à un procès ne peut appeler plus de cinq témoins devant rendre des témoignages d'opinion sans la permission du juge qui préside l'instance.

[42] Cette interprétation restrictive de l'art. 7 s'accorde aussi avec les principes régissant l'admissibilité de la preuve d'expert en matière pénale. Les inquiétudes au sujet de la prolifération des experts devant les tribunaux canadiens, et du risque qu'une preuve d'expert inutile ou peu fiable puisse embrouiller et tromper les jurés, ont conduit la Cour suprême du Canada à reformuler les critères d'admissibilité de cette preuve. Dans l'arrêt *Mohan*, le juge Sopinka a donné l'explication suivante :

La preuve d'expert risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits. Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infaillible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite. [p. 21]

[43] Autrement dit, il y a le risque que « le juge des faits s'en remette inconsidérément à l'opinion de l'expert au lieu de l'évaluer avec circonspection » (*White*

Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co., 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182, le juge Cromwell s'exprimant au nom de la Cour, au par. 17). Le juge Cromwell a ajouté :

Il s'agit de préserver le procès devant juge et jury, et non pas d'y substituer le procès instruit par des experts. Il y a un risque que le jury [TRADUCTION] « soit incapable de faire un examen critique et efficace de la preuve » (*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 90, autorisation d'appel refusée, [2010] 2 R.C.S. v). Le juge des faits doit faire appel à son « jugement éclairé » plutôt que simplement trancher la question sur le fondement d'un « acte de confiance » à l'égard de l'opinion de l'expert (*J.-L.J.*, par. 56). Le danger de « s'en remettre à l'opinion de l'expert » est également exacerbé par le fait que la preuve d'expert est imperméable au contre-interrogatoire efficace par des avocats qui ne sont pas des experts dans ce domaine (*D.D.*, par. 54). La jurisprudence aborde un certain nombre d'autres problèmes connexes : le préjudice qui pourrait éventuellement découler d'une opinion d'expert fondée sur des informations qui ne sont pas attestées sous serment et qui ne peuvent pas faire l'objet d'un contre-interrogatoire (*D.D.*, par. 55); le danger d'admettre en preuve de la « science de pacotille » (*J.-L.J.*, par. 25); le risque qu'un « concours d'experts » ne distraie le juge des faits au lieu de l'aider (*Mohan*, par. 24). Un autre danger bien connu associé à l'admission de la preuve d'expert est le fait qu'elle peut exiger un délai et des frais démesurés (*Mohan*, p. 21; *D.D.*, par. 56; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387, par. 76). [par. 18]

[44] L'arrêt *Mohan* consacre la règle qu'une partie voulant offrir une preuve d'expert doit établir que cette preuve (1) est pertinente; (2) est nécessaire en vue d'aider le juge des faits; (3) n'enfreint pas une règle d'exclusion; et (4) est présentée par un expert aux qualifications suffisantes (p. 20). Pour ce qui est du critère de la pertinence, on explique dans *Mohan* que le tribunal ne détermine pas seulement la pertinence en examinant si la preuve tend à établir un fait en litige, mais procède aussi à une analyse du coût et des bénéfices en estimant la valeur de la preuve et son coût en fonction de son impact sur le procès. Une preuve peut être exclue si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec

sa valeur ou si elle peut induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits, en particulier le jury, est disproportionné par rapport à sa fiabilité (p. 20 et 21).

[45] Les critères énoncés dans l'arrêt *Mohan* ont été reformulés depuis, et ainsi, le juge qui se prononce sur l'admissibilité d'une preuve d'expert procède en deux étapes. Le cadre analytique, qui a été proposé dans l'arrêt *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, [2009] O.J. No. 3534 (QL), a été adopté avec des ajustements mineurs dans l'arrêt *White Burgess*.

[46] « Dans un premier temps, celui qui veut présenter le témoignage doit démontrer qu'il satisfait aux critères d'admissibilité » en établissant qu'il répond aux quatre critères énoncés dans l'arrêt *Mohan* (*White Burgess*, au par. 23). Il doit aussi, si l'opinion est fondée sur une science nouvelle ou contestée ou sur une science utilisée à des fins nouvelles, démontrer la fiabilité des principes scientifiques étayant la preuve. « Le critère de la pertinence, à ce stade, s'entend de la pertinence logique » (*White Burgess*, au par. 23).

[47] La deuxième étape du cadre analytique requiert du juge qu'il soupèse « les risques et les bénéfices éventuels que présente l'admission du témoignage, afin de décider si les premiers sont justifiés par les seconds » (*White Burgess*, au par. 24). On considère qu'à cette étape, « le juge-gardien exerce son pouvoir discrétionnaire ». Le juge Cromwell l'a expliqué comme suit :

Cet exercice nécessaire de pondération a été décrit de plusieurs façons. Dans l'arrêt *Mohan*, le juge Sopinka parle du « facteur fiabilité-effet » (p. 21), tandis que, dans l'arrêt *J.-L.J.*, le juge Binnie renvoie à « la pertinence, la fiabilité et la nécessité par rapport au délai, au préjudice, à la confusion qui peuvent résulter » (par. 47). Le juge Doherty résume bien la question dans l'arrêt *Abbey*, lorsqu'il explique que [TRADUCTION] « le juge du procès doit décider si le témoignage d'expert qui satisfait aux conditions préalables à l'admissibilité est assez avantageux pour le procès pour justifier son admission malgré le préjudice potentiel, pour le procès, qui peut découler de son admission » (par. 76). [par. 24]

[48] S'exprimant au nom de la Cour, le juge Binnie a expliqué dans l'arrêt *J.-L.J.* que le juge du procès devait « prendre au sérieux son rôle de “gardien” » (par. 28). Il a ajouté : « La question de l'admissibilité d'une preuve d'expert devrait être examinée minutieusement au moment où elle est soulevée, et cette preuve ne devrait pas être admise trop facilement pour le motif que toutes ses faiblesses peuvent en fin de compte avoir une incidence sur son poids plutôt que sur son admissibilité » (par. 28).

[49] À mon avis, le cadre analytique servant à déterminer l'admissibilité de la preuve d'expert s'applique de concert avec les exigences prévues à l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*. La règle générale est qu'une partie ne peut appeler plus de cinq experts à témoigner dans une instance donnée; toutefois, lorsque la partie qui se propose d'appeler davantage d'experts peut démontrer que plus de cinq experts sont nécessaires pour aider le juge des faits à trancher une question pertinente, le juge du procès peut, dans l'exercice de son rôle de gardien, prendre la demande d'autorisation en considération. Il en découle nécessairement que l'autorisation d'appeler plus de cinq experts doit être obtenue avant qu'un sixième soit appelé, et de même pour tout témoin expert additionnel.

[50] Il semble qu'en l'espèce, le juge du procès n'a rien fait de plus qu'examiner les qualifications des témoins experts éventuels, sans mettre en balance, tel qu'il était requis, la fiabilité et l'effet. À mon avis, le fait que l'avocate de la défense n'ait pas soulevé d'objection a vraisemblablement induit le juge du procès à croire qu'il n'était pas possible de soutenir que l'effet préjudiciable de la preuve surpassait sa valeur probante. Bien sûr, on ne peut reprocher à l'avocate de la défense de ne pas avoir invoqué la limite prévue à l'art. 7 chaque fois qu'un témoin expert était appelé à témoigner, le juge du procès ayant conclu que ce n'était pas nécessaire, par application de l'arrêt *Higgins*, puisque seulement cinq experts allaient être appelés à l'égard de chaque question. Les deux ont commis une erreur, toutefois, puisqu'en fait le ministère public a appelé plus de cinq experts pour qu'ils traitent de certaines questions essentielles soulevées dans l'affaire. **Douze** témoins appelés par le ministère public ont été admis à présenter leur opinion sur la gravité, ou la gravité et l'importance, des blessures subies par Kennedy Corrigan. **Huit** des experts du ministère

public ont témoigné sur les possibles mécanismes de ces blessures, c'est-à-dire sur la manière dont Kennedy a pu les subir. Voici ces experts :

| Nom de l'expert | Qualité d'expert reconnue au procès |
|--------------------------------------|---|
| D ^{re} Heidi King | Déclarée experte en radiologie et autorisée à donner son opinion sur les blessures observées par imagerie diagnostique et sur la <u>gravité</u> des blessures. |
| D ^{re} Jane Findlater | Déclarée experte en médecine d'urgence et autorisée à donner son opinion sur le diagnostic établi à l'égard des blessures subies, <u>l'importance</u> et la <u>gravité</u> de ces blessures et tout traitement recommandé. Lors de son témoignage, elle a donné son opinion sur le mécanisme de la blessure en déclarant qu'il serait inhabituel qu'un enfant de deux ans tombant dans une baignoire subisse ce type de blessure. |
| D ^f Ramaiyer Krishnaswamy | Déclaré expert en pédiatrie et autorisé à donner son opinion sur le diagnostic établi à l'égard des blessures subies par les enfants, de <u>l'importance</u> et de la <u>gravité</u> des blessures, du mécanisme possible de celles-ci et du traitement recommandé. |
| D ^f Brian McManus | Déclaré expert en soins pédiatriques intensifs et autorisé à donner son opinion sur le diagnostic établi à l'égard des blessures subies, <u>l'importance</u> et la <u>gravité</u> de ces blessures, les mécanismes possibles de celles-ci et tout traitement recommandé. |
| D ^f Christian Soder | Déclaré expert en soins pédiatriques intensifs et autorisé à ce titre à donner son opinion sur le diagnostic établi à l'égard des blessures subies, <u>de l'importance</u> et de la <u>gravité</u> de ces blessures, des mécanismes possibles de celles-ci ainsi que de tout traitement. |
| D ^f Robert LaRoche | Déclaré expert en ophtalmologie et autorisé à donner son opinion sur les blessures observées et <u>la gravité</u> ou <u>l'importance</u> de ces blessures. |
| D ^f Sean Christie | Déclaré expert en neurochirurgie et apte à exprimer son opinion sur les blessures subies par Kennedy Corrigan, <u>l'importance</u> et la <u>gravité</u> de ces blessures, le pronostic et les possibilités de rétablissement à la suite de ces blessures et tout mécanisme possible de celles-ci. |
| D ^{re} Kathleen O'Brien | Déclarée experte en radiologie et autorisée à donner son opinion sur l'interprétation et l'imagerie diagnostique des blessures subies par Kennedy Corrigan ainsi que sur <u>l'importance</u> et la <u>gravité</u> de ces blessures. |
| D ^f Mathias Schmidt | Déclaré expert en neuroradiologie et autorisé à donner son opinion sur l'interprétation de l'imagerie diagnostique et sur les blessures subies par |

| | |
|----------------------------------|--|
| | Kennedy Corrigan, <u>l'importance et la gravité</u> de ces blessures et les mécanismes possibles de celles-ci. |
| D ^{re} Kathryn Morrison | Déclarée experte en pédiatrie et autorisée à donner son opinion sur les diagnostics établis à l'égard des blessures subies, <u>l'importance et/ou la gravité</u> de ces blessures et les mécanismes possibles de celles-ci. |
| D ^f Robert Macaulay | Déclaré expert en neuropathologie et autorisé à donner son opinion sur la cause du décès, les blessures subies, la <u>gravité</u> de ces blessures et les mécanismes possibles de celles-ci. |
| D ^{re} Marnie Wood | Déclarée experte en pathologie judiciaire et en examens médicaux et autorisée à donner son opinion sur la cause du décès, les blessures subies, <u>l'importance et/ou la gravité</u> de ces blessures et les mécanismes possibles de celles-ci. |

[51] Ainsi, même si le droit au Nouveau-Brunswick, tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *Higgins*, a pu être appliqué, l'avocate de M. Turpin aurait dû s'opposer lorsque plus de cinq experts ont été appelés à témoigner relativement à ces « questions ». Il ne suffit pas de dire que les avocats ont un rôle important à jouer en vue d'aider les juges de première instance à exercer leur rôle de gardien. Non seulement l'avocat de la défense doit-il se montrer vigilant et soulever les objections requises, mais l'avocat du ministère public doit aussi prêter assistance au juge du procès à cet égard. En l'espèce, lorsqu'elle s'est prononcée sur la demande faite par le ministère public pour obtenir la permission d'appeler plus de cinq experts, la juge du procès a relevé [TRADUCTION] « la thèse de l'avocate du ministère public selon laquelle elle n'appelle pas plus de cinq experts à témoigner sur une seule et même question ». La juge a aussi ajouté que [TRADUCTION] « le ministère public laisse entendre qu'il n'était probablement pas nécessaire de présenter une demande au titre de l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, pas plus de cinq experts étant appelés à témoigner, à son avis, sur une seule et même question ». Dans ces circonstances, et compte tenu de l'arrêt *Higgins*, il n'est pas étonnant que la juge du procès ait conclu qu'il n'y avait [TRADUCTION] « aucune raison de rendre une ordonnance au sujet des experts, comme [elle convenait] qu'au plus cinq experts [étaie]nt appelés à témoigner à l'égard de chacune des questions soumises à la Cour ». La juge a été induite en erreur, en fin de compte, puisqu'en fait, tel n'a pas été le cas.

[52] Je m'arrête un instant pour souligner que personne n'a évoqué la question du sens du mot [TRADUCTION] « question » dans l'arrêt *Higgins* ou du terme [TRADUCTION] « ces faits » dans l'arrêt *Fagnan*. Personne n'a cherché à savoir si le mot [TRADUCTION] « question » s'entendait d'un des éléments de l'infraction, ou s'il signifiait tout autre chose. Cela n'a plus aucune pertinence, toutefois, compte tenu de ma conclusion selon laquelle ni l'arrêt *Higgins* ni l'arrêt *Fagnan* ne doit s'appliquer en l'espèce, puisque cinq veut bien dire cinq.

[53] Le ministère public a appelé plus de cinq experts pour qu'ils soient interrogés et, à mon humble avis, il fallait obtenir la permission du tribunal avant qu'un sixième expert ou d'autres experts puissent être autorisés à témoigner. Pour se conformer à l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, et s'acquitter de son rôle de gardien, la juge du procès devait examiner s'il était opportun d'autoriser le ministère public à appeler plus de cinq témoins. Même si l'arrêt *Higgins* avait été jugé constituer le droit applicable, et même si le mot « question » avait été entendu dans son sens large, le fait demeure que le ministère public a appelé plus de cinq témoins experts pour établir soit la gravité ou [TRADUCTION] « la gravité et l'importance » des blessures, soit le mécanisme par lequel les blessures avaient pu survenir. Bien que de nombreux experts appelés comme témoins aient été des médecins traitants et en mesure de témoigner de ce qu'ils avaient fait et observé, il n'était pas nécessaire pour autant d'obtenir leur opinion sur des éléments essentiels de l'infraction ou des aspects cruciaux de l'affaire.

[54] À mon avis, même si la défense avait consenti à l'octroi de l'autorisation, il aurait néanmoins été nécessaire que la juge du procès tienne compte des circonstances et décide, exerçant ainsi son rôle de gardien, s'il était opportun ou non d'accorder cette autorisation. Cela n'a pas été fait et constitue une erreur de droit.

[55] Avoir conclu à une erreur de droit dans l'application de l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne met pas un terme, toutefois, à l'analyse. S'il s'agissait d'une affaire comme *Regina c. Vincent*, [1963] M.J. No. 12 (C.A.) (QL), ou *Meunier c. R.*, 2014 QCCA 1681, [2014] J.Q. n° 9853 (QL), ce moyen d'appel pourrait être rejeté. Dans la première

affaire, la cour a conclu que [TRADUCTION] « les témoignages d'opinion des experts n'ont joué qu'un rôle mineur, de bien peu d'importance » (par. 2), tandis que dans la deuxième, on pouvait considérer que la juge du procès avait accordé implicitement l'autorisation requise. La présente affaire ne comporte aucune de ces caractéristiques.

[56] Néanmoins, pour que ce moyen d'appel de M. Turpin puisse être retenu, nous devons être convaincus qu'il ne s'agit pas d'une affaire où, malgré l'erreur de droit, l'appel devrait être rejeté puisque « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit » (ss-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*). Tel pourrait être le cas si nous devions considérer l'erreur sans importance du fait que, si la juge du procès avait joué son rôle de gardien et pris dûment en compte l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, elle aurait nécessairement accordé l'autorisation requise. À mon avis, toutefois, nous ne pouvons pas en venir à une telle conclusion en l'espèce.

[57] Dans *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, la juge en chef McLachlin, bien que dissidente avec les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier quant au fond, a fait observer : « Il faut tenir compte du contexte factuel du procès pour déterminer si une preuve est pertinente et nécessaire, et si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante » (par. 12). Elle a souligné, quant au critère de la pertinence énoncé dans l'arrêt *Mohan*, que l'examen « dépend beaucoup des autres éléments de preuve et des autres points en litige dans une affaire » (au par. 12, citant le juge Sopinka dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, [1988] A.C.S. n° 80 (QL), à la p. 370). Elle a ensuite souscrit à la déclaration suivante faite dans l'arrêt *R. c. F. (D.S.)*, [1999] O.J. No. 688 (C.A.) (QL) :

[TRADUCTION] Le juge du procès a l'avantage d'entendre les témoignages présentés, d'observer le jury et de pouvoir constater la dynamique du procès. [...] [I]l est peut-être aussi le mieux placé pour déterminer ce qui relève de l'expérience normale du juré moyen dans la collectivité où l'affaire est jugée. [*D.D.*, au par. 12]

[58] La juge en chef McLachlin a ajouté que « le juge du procès est peut-être le mieux placé pour déterminer si l'effet préjudiciable de la preuve l'emporte sur sa valeur

probante dans ce procès », comme il « connaît les questions en litige, la preuve et le jury, et c'est à lui qu'incombe la responsabilité ultime de tenir un procès équitable » (par. 12). Par conséquent, « les cours d'appel doivent faire preuve de retenue à l'égard des décisions des juges de procès d'admettre ou de rejeter une preuve d'expert » (par. 13).

[59] Dans l'arrêt *D.D.*, les juges de la majorité estimaient en outre qu'il faut « traiter avec une certaine retenue l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès lorsqu'il détermine si, d'après les faits d'une affaire donnée, les exigences de l'arrêt *Mohan* ont été respectées » (par. 47, le juge Major). Les avis des juges de la majorité et de la minorité étaient divergents quant au fond uniquement.

[60] À mon avis, le même principe s'applique lorsqu'il s'agit de déterminer s'il convient ou non d'accorder l'autorisation visée à l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*. C'est dans l'exercice de son rôle de gardien concernant les témoins experts que le juge du procès doit analyser la question. Ce faisant, le juge doit prendre en compte, outre les critères pertinents qui sont énoncés dans les arrêts *Mohan/White Burgess*, des critères tels que ceux énumérés par le juge Ferguson dans la décision *Burgess*, que le juge Bracken a fait siens dans la décision rendue dans l'affaire *Sam*, au par. 19 :

[TRADUCTION]

Toute décision sur des motions telles que celle-ci est nécessairement tributaire des faits, de sorte qu'il est impossible d'établir une liste précise des facteurs pertinents. J'estime toutefois les critères suivants pertinents en l'espèce, compte tenu de la jurisprudence et des circonstances de l'espèce :

a. La question de savoir si la partie adverse s'oppose à ce que l'autorisation soit accordée. Tout en pouvant imaginer des situations d'« excès de zèle » de la part des deux parties en matière de preuve, je crois que si les deux parties se sont entendues sur un certain nombre d'experts, ou sur le dépôt de rapports de certains experts, alors que d'autres seront appelés à témoigner, c'est bien là un critère important. Bien que des fonds publics seront certainement engagés, les parties assument une part très considérable des frais dans les affaires civiles, et cela constitue l'enjeu essentiel touché par

la règle. Je crois qu'il est rare que des motions visant à obtenir une autorisation soient contestées, et qu'en l'absence de contestation, l'autorisation est habituellement accordée.

- b. Le nombre de domaines de spécialisation visés.
- c. Le nombre d'experts dont chaque partie se propose d'obtenir l'opinion sur chaque sujet.
- d. Le nombre d'experts habituellement appelés à témoigner dans les affaires soulevant des questions similaires.
- e. La question de savoir si la partie adverse sera désavantagée si l'autorisation est accordée, du fait que la partie qui la demande disposerait de plus de témoins experts que la partie adverse.
- f. La nécessité ou non d'appeler plus de trois experts pour présenter la preuve requise à l'égard des questions en litige.
- g. La mesure dans laquelle les opinions des experts qu'on se propose de faire témoigner vont se répéter.
- h. Le caractère disproportionné ou non du temps et des frais requis si des experts additionnels sont appelés à témoigner par rapport au montant en jeu au procès. [*Burgess*, au par. 35]

[61] Comme on l'a mentionné, les circonstances peuvent justifier le recours à d'autres critères. La liste fait clairement ressortir le chevauchement manifeste qui existe entre l'analyse à effectuer pour l'application de l'art. 7 et le rôle de gardien défini dans les arrêts *Mohan/White Burgess* qui incombe au juge du procès. C'est la raison pour laquelle, à mon avis, la décision d'autoriser ou non une partie à interroger plus de cinq experts, au titre de l'art. 7, s'inscrit le mieux dans le cadre de l'exercice, par le juge du procès, de son rôle de gardien. Dans son rôle de gardien, le juge a l'obligation de déterminer si le témoignage proposé est davantage susceptible de faciliter la tâche de recherche des faits du jury ou de l'embrouiller et le dérouter, et si le jury est susceptible d'être écrasé par la preuve ou sera plutôt capable de garder l'esprit ouvert et d'en apprécier objectivement la valeur (voir *Mohan*, à la p. 21, citant le juge Moldaver (tel était alors son titre) dans *R. c. Melaragni*,

[1992] O.J. No. 4176 (C. Ont. (Div. gén.)) (QL). Évidemment, le nombre de témoins experts à appeler, que ce soit dans l'ensemble ou à l'égard d'une seule et même question ou un seul et même fait, est l'un des éléments à considérer. Le juge du procès étant le mieux placé pour en décider, il ne serait donc pas prudent que nous tentions de déterminer à ce stade-ci si l'autorisation requise aurait dû être accordée. Qu'il suffise de dire que certains facteurs militent assurément contre l'autorisation en l'espèce.

[62] Pour ces motifs, l'appel devrait être accueilli sur le fondement du premier moyen d'appel. Il sera donc inutile d'examiner les autres raisons avancées par M. Turpin pour soutenir que la juge a traité erronément la preuve d'expert. M. Turpin soutient que la juge a commis une erreur, par exemple :

- en n'aidant pas le jury à comprendre les divers domaines de spécialisation des experts;
- en n'exerçant pas continûment son rôle de gardien comme l'exige l'arrêt *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, dans lequel il est déclaré qu'[TRADUCTION] « [i]l ne suffit pas [que le juge du procès] tienne compte des critères de l'arrêt *Mohan* au début du témoignage de l'expert et qu'il rende une décision initiale » – il doit aussi « faire en sorte que, tout au long de son témoignage, l'expert respecte les limites établies à l'égard d'une telle preuve » (par. 46);
- en ne s'assurant pas que les experts présentent des opinions fondées uniquement sur des principes scientifiques éprouvés;
- en ne mettant pas en garde contre le [TRADUCTION] « parti pris de confirmation »;
- en permettant le recours par les experts à un langage portant à confusion ou trompeur, par exemple l'emploi des termes [TRADUCTION] « compatible avec » ou [TRADUCTION] « incompatible avec » comme s'ils signifiaient nécessairement causé par ou non causé par (voir, p. ex., *R. c. France*, 2017 ONSC 2040, [2017] O.J. No. 1875 (QL), par. 62);
- en permettant aux experts d' [TRADUCTION] « aller trop loin » dans leur témoignage en dépassant leur domaine de spécialisation ou en énonçant une opinion comme s'il fallait la tenir pour acquise;

- en n'expliquant pas au jury que le rôle d'un expert consiste à se montrer impartial et non à défendre les intérêts de l'une des parties;
- en ne relevant pas les éléments de preuve qui n'excluaient pas qu'une chute accidentelle ait pu causer les blessures, notamment:
 - le témoignage du D^r LaRoche selon lequel [TRADUCTION] « ce type d'hémorragie peut se produire dans toutes sortes de situations »;
 - le témoignage du D^r Macaulay selon lequel [TRADUCTION] « rien ne permettait de dire que deux processus pathologiques indépendants ne pouvaient se dérouler en même temps chez cette patiente, une chose causant l'infarctus et une autre chose causant une lésion traumatique axonale »;
 - le témoignage du D^r Soder selon lequel [TRADUCTION] « rien n'est absolument impossible »;
 - le témoignage du D^r Chiasson selon lequel, même si une chose est rare, rien ne devrait être exclu.

[63] Il n'est pas nécessaire d'aborder non plus les deux moyens d'appel fondés sur une erreur alléguée de la juge du procès dans ses directives au jury concernant l'accident et la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable.

[64] Quoique certaines de ces questions auraient pu mériter un examen, n'eût été l'issue du premier moyen d'appel, je relève que l'avocate de la défense au procès n'a soulevé aucune objection à l'exposé de la juge au jury. Le défaut de s'opposer ne rend pas un exposé au jury exempt d'erreur, mais est néanmoins instructif, puisque l'avocat a l'obligation d'aider le tribunal à formuler un exposé adéquat. Je reproduis le passage d'un arrêt ontarien auquel notre Cour a souscrit dans *Prosser c. R.*, 2015 NBCA 7, 430 R.N.-B. (2^e) 154, que j'estime applicable en l'espèce :

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

autorisation de pourvoi refusée, [2010] C.S.C.R. n° 263 (QL) :

[TRADUCTION]

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

Cela dit, la position adoptée par l'avocat au procès n'est pas déterminante lorsqu'un moyen d'appel fait état de directives erronées ou d'absence de directives. Une erreur de droit est une erreur de droit, peu importe que l'avocat omette de s'y opposer ou même appuie la directive erronée : voir *R. c. Wright* (2009), 98 O.R. (3d) 665 (C.A.), au par. 27; *R. c. Van*, [2009] 1 R.C.S. 716, au par. 43. Toutefois, l'exposé au jury, particulièrement les directives sur la façon dont le jury peut tenir compte de certaines parties de la preuve, n'a pas été conçu pour la formulation de principes juridiques à l'intention du jury ni pour l'énonciation abstraite de ces principes. Les directives au jury sur le sujet de la preuve doivent remplir les exigences suivantes : premièrement, que le jury comprenne comment la preuve peut et ne peut pas être utilisée dans le contexte de l'affaire dont il est saisi; deuxièmement, que le jury comprenne les thèses avancées par l'avocat de la défense et le ministère public à l'égard de cette preuve. La position adoptée par l'avocat après avoir examiné la directive proposée jette un éclairage utile sur la question de savoir si la directive proposée atteignait ces deux objectifs. La réponse est affirmative. [par. 96 et 97, *Polimac*] [par. 33]

[65] Bien qu'il puisse être inutile d'examiner ces autres moyens d'appel fondés sur l'exposé au jury de la juge du procès, tel n'est pas le cas pour le moyen mettant en question le caractère raisonnable du verdict. Si le verdict de culpabilité était déraisonnable au sens du ss-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, M. Turpin a droit à l'acquittement. Si, par contre, il n'était pas raisonnable que le jury déclare M. Turpin coupable de meurtre au deuxième degré, mais qu'au vu de la preuve une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable pourrait constituer une issue raisonnable, ce dernier a droit à l'acquittement à l'égard du meurtre au deuxième degré et à la tenue d'un nouveau procès portant sur une accusation d'homicide involontaire coupable (*R. c. Robinson*, 2017 ONCA 645, [2017] O.J. No. 4142 (QL), au par. 51, le juge d'appel Doherty).

B. *Le verdict de culpabilité du jury à l'égard du meurtre au deuxième degré était-il déraisonnable?*

[66] La Cour s'est récemment penchée sur la question du caractère raisonnable d'un verdict. Je ne saurais faire mieux, pour expliquer la norme applicable, que de faire miens les propos du juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Oland c. R.*, 2016 NBCA 58, [2016] A.N.-B. n° 288 (QL) :

Dans l'arrêt *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, [1987] A.C.S. n° 51 (QL), la Cour a conclu qu'un appel pouvait être accueilli et un acquittement inscrit conformément au ss-al. 686(1)a(i) dans le cas où, et seulement dans le cas où, douze jurés ayant reçu les directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire n'auraient pas raisonnablement pu rendre le verdict en cause. Dans une décision subséquente, *R. c. Biniaris*, la Cour suprême a clarifié cette norme en déclarant qu'elle obligeait les cours d'appel : (1) « à examiner, à analyser et, dans la mesure où il est possible de le faire compte tenu de la situation désavantageuse dans laquelle se trouve un tribunal d'appel, à évaluer la preuve » (par. 36); et (2) à mener ce processus à bien « à la lumière de l'expérience judiciaire qui est un autre moyen d'éviter les déclarations de culpabilité injustifiées » (par. 40). Bien que cette dernière exigence confirme que le critère qui régit l'intervention en appel visée au ss-al. 686(1)a(i) est [TRADUCTION] « différent de celui que le juge du procès

doit appliquer lors d'une demande de verdict imposé » (voir l'arrêt *R. c. R. (J.S.)*, 2012 ONCA 568, [2012] O.J. No. 4063 (QL), au par. 69), il ne s'ensuit pas que la décision mûrement réfléchie de la défense de s'abstenir de demander un verdict d'acquiescement imposé ne veut rien dire. Je reviendrai à cette question sous peu.

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. W.H.*, la Cour suprême a jeté un éclairage utile sur le processus de révision envisagé au ss-al. 686(1)a(i) :

D'autre part, le tribunal d'appel ne peut se contenter d'apprécier le caractère suffisant de la preuve. Il ne s'acquiesce pas de la tâche qui lui incombe en concluant qu'il existe des éléments de preuve qui, s'il leur est ajouté foi, étayent la déclaration de culpabilité. Il doit plutôt « examiner, analyser et, dans la mesure où il est possible de le faire compte tenu de la situation désavantageuse dans laquelle se trouve un tribunal d'appel, [...] évaluer la preuve » (*Biniaris*, par. 36) et se demander, à la lumière de son expérience, si « l'appréciation judiciaire des faits exclut la conclusion tirée par le jury » par. 39 [...]. Ainsi, pour déterminer si le verdict est de ceux qu'un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant de manière judiciaire aurait raisonnablement pu rendre, le tribunal d'appel doit se demander non seulement si le verdict s'appuie sur des éléments de preuve, mais également si la conclusion du jury ne va pas à l'encontre de l'ensemble de l'expérience judiciaire : *Biniaris*, par. 40. [par. 28]

Ma compréhension de la règle applicable est résumée dans l'ouvrage de Penney, Rondinelli et Stribopoulos, intitulé *Criminal Procedure in Canada* (Markham, Ont. : LexisNexis Canada Inc., 2011), aux p. 744 et 745.

[TRADUCTION]

Le critère que le tribunal d'appel doit appliquer sous le régime du ss-al. 686(1)a(i) du *Code* a été établi par la Cour suprême du Canada; il consiste à déterminer si « le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre ». Ce critère s'applique également à un juge qui préside un procès sans jury. Le juge Doherty a souligné dans l'arrêt *R. c. Mars* que lorsque le verdict repose principalement sur une preuve circonstancielle, [TRADUCTION] « la question devient

celle-ci : le juge des faits, agissant d'une manière judiciaire, pourrait-il être convaincu que la culpabilité de l'accusé était la seule conclusion raisonnable susceptible d'être tirée d'après la preuve dans son ensemble? ». Lorsqu'il examine la question de savoir si un verdict est déraisonnable, le tribunal d'appel doit analyser et, dans une certaine mesure, apprécier de nouveau la preuve produite au procès. Le tribunal doit le faire « à la lumière de l'expérience judiciaire » qui est un autre moyen d'éviter les déclarations de culpabilité erronées. Le fardeau dont l'appelant doit s'acquitter pour établir que le verdict est déraisonnable a été qualifié de « lourd » et de « difficile ». Sur le plan pratique, [TRADUCTION] « il s'agit, au bout du compte, d'une décision [que prend le tribunal] et non d'une science exacte. L'évaluation globale de l'affaire comporte toujours un élément subjectif ». [par. 18.6, *Criminal Procedure in Canada*] [par. 25 à 27]

[67] Pour les motifs que je vais exposer, je conclus, en appliquant ce critère à la présente affaire, que la preuve de l'intention requise était insuffisante pour qu'un jury, ayant reçu les directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire, puisse raisonnablement reconnaître M. Turpin coupable de meurtre.

[68] La thèse du ministère public en l'espèce était que Kennedy Corrigan n'était pas morte d'une chute dans la baignoire, ses blessures étant trop graves pour avoir été causées par un tel événement. D'après le ministère public, M. Turpin avait agressé Kennedy et cette agression avait causé son décès. À tout le moins, cela constituerait un homicide involontaire coupable; cependant, le ministère public va plus loin et soutient que, vu l'ampleur des blessures subies par Kennedy, il était loisible au jury d'inférer que, lorsqu'il avait agressé Kennedy, M. Turpin devait avoir eu l'intention requise pour commettre un meurtre : c'est-à-dire qu'il devait avoir eu l'intention soit de la tuer, soit de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort, en étant indifférent que la mort s'ensuive ou non. Le verdict rendu montre que le jury a nécessairement retenu la thèse du ministère public, puisque aucune autre voie ne lui permettait de reconnaître M. Turpin coupable de meurtre.

[69] Pour analyser le verdict du jury sous l'angle du caractère raisonnable, au sens où l'entend le ss-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, nous devons procéder à un examen en trois étapes de la preuve :

- 1) Une preuve permettait-elle au jury de conclure raisonnablement que Kennedy Corrigan n'était pas morte des suites d'une chute dans la baignoire?
- 2) Une preuve permettait-elle au jury de conclure raisonnablement que M. Turpin avait agressé Kennedy Corrigan et que l'agression avait causé son décès, en ce sens qu'elle y avait grandement contribué?
- 3) Une preuve permettait-elle au jury de conclure raisonnablement que M. Turpin avait eu l'intention de tuer Kennedy Corrigan ou de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort, en étant indifférent que la mort s'ensuive ou non?

[70] Dans l'arrêt *Oland*, lorsque notre Cour a décidé d'ordonner la tenue d'un nouveau procès après avoir conclu que le juge avait commis une erreur dans son exposé au jury, elle n'a pas fait « un exposé détaillé des éléments de preuve et des inférences sur lesquels le jury aurait raisonnablement pu s'appuyer pour rendre son verdict » (par. 32). Dans ses motifs, le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) a cité plusieurs décisions favorables à une telle démarche, pour ensuite ne présenter que des « observations générales [...] sur la question du caractère raisonnable du verdict » (par. 33). Ayant conclu qu'il fallait répondre par l'affirmative aux deux premières questions posées, j'adopterai moi aussi cette démarche. Cela ne vaut pas pour la troisième question, toutefois, à laquelle je conclus qu'il faut répondre par la négative.

[71] Pour ce qui est de la **première question**, nul n'a contesté que Kennedy Corrigan avait subi une grave lésion cérébrale qui a causé sa mort. Hormis un hématome à l'arrière de la tête, elle n'avait pas de lésions visibles; elle avait toutefois subi quelque chose au cerveau qui avait causé une hémorragie cérébrale, cela, à son tour, le

privant d'oxygène et entraînant finalement la mort. Ainsi, le jury disposait d'une preuve bien suffisante pour tirer une conclusion sur la cause du décès.

[72] D'après la preuve écrasante présentée par les experts médicaux, les enfants ne meurent pas habituellement d'une chute de leur hauteur; toutefois, une partie de la preuve était quelque peu équivoque. Je paraphrase ci-dessous quelques-uns des témoignages qu'on pourrait qualifier de non **catégoriques** quant à la possibilité qu'une chute dans la baignoire ait pu causer les blessures de Kennedy. Certains propos sont répétitifs, il est vrai, puisqu'ils ont été formulés par différents experts. Voici un échantillon qui fait ressortir le caractère équivoque de certains témoignages : la blessure était compatible avec la violence; il serait très inhabituel que la blessure ait résulté d'une chute dans la baignoire; il est très improbable qu'elle ait été secouée; un traumatisme non accidentel constituait la cause la plus probable; il est probable, mais pas tout à fait certain, qu'il y ait eu un seul coup plutôt que des secousses; un traumatisme non accidentel est possible; il ne semblait pas que nous l'ayons prouvé sans l'ombre d'un doute; si l'enfant a été frappée; la cause la plus vraisemblable; extrêmement improbable, mais rien en médecine n'est considéré impossible; rien n'est impossible; improbable qu'il s'agisse des blessures normalement observées quand un bébé est secoué; pas le type de blessures auquel je m'attendrais dans le cas d'une chute; je ne sais toujours pas si je peux dire ce qui est arrivé à l'enfant; c'était peut-être une blessure non accidentelle; inhabituel qu'une chute de sa hauteur entraîne une lésion cérébrale aussi importante; pas compatible avec une chute d'une faible hauteur; improbable qu'on ait affaire à un bébé secoué; en médecine, rien n'est jamais exclu; rien ne permet de dire que deux processus pathologiques indépendants n'ont pu se dérouler en même temps chez Kennedy, une chose causant l'infarctus et une autre causant une lésion traumatique axonale, mais très probablement un arrêt cardiorespiratoire au moment où la blessure a été subie a entraîné une encéphalopathie hypoxique d'origine ischémique étendue; la lésion du tronc cérébral est plus importante qu'on ne pourrait s'attendre d'une simple chute dans une baignoire; la possibilité d'un traumatisme non accidentel ne peut être écartée; incompatible avec une simple chute dans la baignoire; il est rare qu'une chute de moins de dix pieds entraîne la mort; l'on n'a pas affaire à un bébé secoué.

[73] Il se peut bien que les témoignages d'experts aient conduit le jury à conclure, par effet cumulatif, que Kennedy n'était pas morte de la chute alléguée dans la baignoire. Il se peut aussi qu'un juge, exerçant dûment son rôle de gardien quant à l'admission des témoignages d'experts, y compris par application des prescriptions de l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, limiterait ce type de témoignages pour éviter que le jury soit tout simplement submergé par diverses opinions équivoques; aux fins de répondre, toutefois, à la première question se rapportant à la preuve versée au dossier, il reste toujours deux opinions non équivoques tendant à démontrer qu'il est improbable que Kennedy soit décédée des suites d'une chute dans la baignoire.

[74] Ironiquement, l'une des opinions les moins équivoques a été obtenue en contre-interrogatoire par l'avocate de la défense. La D^{re} Morrison, dont le témoignage en interrogatoire principal pourrait sans doute être qualifié d'équivoque, a déclaré en contre-interrogatoire : [TRADUCTION] « [...] une chose qui m'est apparue clairement, c'est que les choses ne s'étaient pas produites comme on les avait décrites », puis a plus tard ajouté : [TRADUCTION] « Je crois profondément que cela ne s'est pas passé tel qu'on nous l'a décrit, que quelque chose d'autre s'est produit » et [TRADUCTION] « les enfants ne meurent pas d'une chute de leur hauteur ». De plus, la D^{re} Wood, qui a admis bien franchement : [TRADUCTION] « [...] je ne prétends pas savoir ce qui est arrivé à cette enfant », a aussi déclaré : [TRADUCTION] « Je suis d'avis que les constatations faites ne s'expliquent pas par une simple chute d'une hauteur de 34 pouces. » Cette opinion a ensuite été répétée en contre-interrogatoire. Par conséquent, des éléments de preuve permettaient au jury de conclure raisonnablement que Kennedy Corrigan n'était pas morte des suites d'une chute dans la baignoire.

[75] Quant à la **deuxième question**, je conclus que, si le jury a accepté que Kennedy Corrigan n'était pas morte des suites d'une chute dans la baignoire, une preuve lui permettait alors raisonnablement de conclure que M. Turpin avait agressé Kennedy et que l'agression avait causé sa mort, en ce sens qu'elle y avait grandement contribué. Cette preuve comprend, en tant qu'éléments de preuve circonstancielle, les déclarations ou comportements après le fait de M. Turpin. Quoique cette preuve ne pouvait être utilisée

qu'en cas de rejet des autres explications possibles pour ces déclarations ou comportements, il demeure qu'il était loisible au jury, ayant rejeté toutes les autres explications, de se fonder sur cette preuve pour conclure que M. Turpin avait menti parce qu'il avait agi illégalement. On ne saurait donc dire qu'aucune voie ne permettait au jury de conclure que les éléments de l'homicide involontaire coupable avaient été établis.

[76] Quant à la **troisième question**, bien qu'on puisse croire qu'une conclusion du jury selon laquelle M. Turpin n'a pas décrit avec franchise ce qui était arrivé à Kennedy suppose que ce dernier a agi illégalement, cette conclusion ne jette aucune lumière sur l'état d'esprit de M. Turpin et n'aide donc pas à déterminer son degré de culpabilité. L'arrêt *R. c. Rodgeron*, 2014 ONCA 366, [2014] O.J. No. 2232 (QL), conf. à 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760, s'avère instructif sur cette question. Dans cette affaire, après avoir passé la nuit à boire et à prendre de la drogue, l'accusé et la victime s'étaient rendus au domicile de l'accusé, où la victime avait été tuée. Lorsque l'accusé s'était rendu compte que la victime était morte, il avait décidé de se débarrasser du corps et de nettoyer la maison. Lorsque les policiers sont finalement venus à la maison, l'accusé a tenté de s'échapper puis, lorsqu'il a été appréhendé, il a menti aux policiers en niant toute implication dans le décès de la victime et en laissant entendre que son colocataire pouvait y avoir été pour quelque chose. L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré au motif qu'il aurait assassiné la victime alors qu'il l'agressait sexuellement. Au procès, l'accusé a fait valoir la légitime défense. Le jury l'a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. L'accusé a interjeté appel et obtenu gain de cause en appel : le verdict a été annulé et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée pour une accusation de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le juge du procès avait mal instruit le jury quant à l'usage qu'il pouvait faire du comportement après le fait de l'accusé, le jury ayant pu comprendre que la fuite de l'accusé devant la police et ses mensonges pouvaient avoir une valeur probante quant à son état d'esprit au moment où il avait tué la victime. S'exprimant au nom de la majorité, le juge d'appel Doherty a donné l'explication suivante :

[TRADUCTION]

Je commencerai par la preuve concernant la tentative de l'appelant d'échapper aux policiers et sa négation

mensongère de toute implication dans le décès de M^{me} Young, tant au moment de son arrestation que lors des interrogatoires ultérieurs de la police. Cette preuve était manifestement pertinente à l'égard de certaines questions en litige. Par exemple, la tentative de fuite et les mensonges pouvaient être pris en compte dans l'évaluation de l'allégation de légitime défense (voir *Peavoy*, p. 631 et 632). La preuve montrant que l'appelant avait fui les lieux et menti à la police appuyait l'inférence selon laquelle il avait agi illégalement au moment où il avait causé la mort de M^{me} Young et, plus particulièrement, qu'il n'avait pas agi en état de légitime défense.

La même preuve ne pouvait toutefois pas, le simple bon sens et l'expérience humaine nous l'indiquent, jeter la moindre lumière sur l'état d'esprit de l'appelant lorsqu'il a causé illégalement la mort de M^{me} Young. On ne saurait dire que la personne qui en tue une autre en ayant l'état d'esprit requis pour commettre un meurtre est plus susceptible de tenter de s'échapper et de mentir à la police que la personne qui en tue une autre illégalement sans avoir l'état d'esprit requis pour commettre un meurtre. Notre Cour a statué précisément en ce sens à plusieurs reprises (voir *R. c. Wiltse* (1994), 19 O.R. (3d) 379 (C.A.), p. 384 et 385; *R. c. Marinaro*, [1996] 1 R.C.S. 462, souscrivant aux motifs dissidents du juge Dubin, juge en chef de l'Ontario, (1994), 95 C.C.C. (3d) 74 (C.A. Ont.), p. 81 et 82; *Peavoy*, p. 630 et 631; *R. c. Figueroa*, 2008 ONCA 106, 232 C.C.C. (3d) 51, par. 33 à 43. Voir aussi *R. c. Feng*, 2012 BCCA 153, 319 B.C.A.C. 151, par. 33 à 39. Le raisonnement suivi dans ces arrêts s'applique à la preuve concernant la fuite et les mensonges à la police de l'appelant. [par. 53 et 54]

[77] Les actes de dissimulation de l'accusé et son nettoyage des lieux qui ont eu lieu après le fait ont été jugés pertinents, toutefois, en regard de la question de l'intention. La Cour suprême a souscrit à cette conclusion. Quant à la fuite et aux mensonges, la Cour suprême a souligné que le ministère public avait concédé que le juge du procès avait commis une erreur en disant aux jurés, dans ses directives, qu'ils pouvaient, pour se prononcer sur la question de l'intention, prendre en compte le fait que M. Rodgeron avait tenté d'échapper aux policiers et leur avait menti.

[78] En l'espèce, la juge du procès n'a pas fait une mise en garde aux jurés portant qu'ils ne pouvaient tenir compte du comportement après le fait de M. Turpin pour se prononcer sur son état d'esprit au moment où l'acte illégal avait pu se produire. En réalité, la juge du procès a dit exactement le contraire, en donnant comme directive au jury qu'il pouvait examiner [TRADUCTION] « les paroles et le comportement [de M. Turpin] avant, pendant et après l'acte illégal qui a causé le décès de Kennedy Ann Corrigan », en ajoutant que tout cela pouvait jeter la lumière sur l'intention de M. Turpin.

[79] Pourtant, les paroles prononcées par le juge d'appel Doherty s'appliquent tout autant dans la présente affaire : [TRADUCTION] « On ne saurait dire que la personne qui en tue une autre en ayant l'état d'esprit requis pour commettre un meurtre est plus susceptible de tenter de s'échapper et de mentir à la police que la personne qui en tue une autre illégalement sans avoir l'état d'esprit requis pour commettre un meurtre ».

[80] Cela ne signifie pas que le comportement après le fait ne peut jamais être pris en compte pour se prononcer sur la question de l'élément moral de l'infraction de meurtre au deuxième degré. Manifestement, ce comportement peut être pris en compte; il en a été ainsi de la preuve de la dissimulation et du nettoyage postérieurs à l'infraction dans l'arrêt *Rodgerson*. Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Calnen*, 2019 CSC 6, [2019] A.C.S. n° 6 (QL), la juge Martin, bien que dissidente en partie, a obtenu l'assentiment de tous ses collègues à son examen exhaustif du droit en matière de comportement après le fait. Comme la juge l'a expliqué, « [l]a preuve relative au comportement après le fait est circonstancielle » et permet « au juge des faits de tirer des inférences particulières en se fondant sur les paroles ou les actes de l'intéressé » (par. 111). La juge Martin a ajouté au sujet des inférences : « Celles-ci [TRADUCTION] “doivent être raisonnables selon les critères de l'expérience humaine” et elles dépendent de la nature du comportement, de l'inférence que l'on cherche à tirer de ce comportement, de la thèse des parties, et de l'ensemble de la preuve » (par. 112). Comme elle l'a expliqué, « il n'y a aucun obstacle juridique à l'utilisation d'éléments de preuve relatifs au comportement après le fait pour déterminer l'intention de l'accusé » et « [cette preuve] peut servir à étayer une distinction entre divers degrés de culpabilité » (par. 119); elle a toutefois ajouté ce qui suit :

[1]a valeur probante de la preuve du comportement postérieur à l'infraction à l'égard du degré de culpabilité de l'accusé dans un cas donné dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l'ensemble du dossier et des questions soulevées au procès. [par. 119]

[81] En l'espèce, si la prétention de M. Turpin selon laquelle Kennedy est tombée dans la baignoire est démontrée être fausse, cela peut se concilier avec autre chose qu'un comportement dénotant nécessairement qu'il avait l'intention requise pour commettre un meurtre. Le manque de franchise de M. Turpin, si une conclusion était tirée en ce sens, serait conciliable avec un comportement restant en deçà de l'illégalité, c'est-à-dire une conduite négligente de sa part, ou une conduite en deçà du meurtre, par exemple une agression commise sans l'intention additionnelle requise pour qu'il y ait meurtre. Supposons, comme on l'a laissé entendre au procès, que M. Turpin ait secoué violemment Kennedy et qu'alors celle-ci, de manière inattendue, ait heurté sa tête sur un objet dur, cela lui occasionnant les blessures qu'elle a subies, il n'existerait pas nécessairement en de telles circonstances l'intention requise pour qu'il y ait meurtre. Malgré tout, M. Turpin pourrait être incité à mentir sur les événements survenus pour se soustraire aux conséquences de ses actes. À mon avis, le comportement global et le contexte sont tels qu'il « n'est pas possible de choisir entre les inférences possibles en fonction du bon sens, de l'expérience et de la logique », soit le critère que la juge Martin a déclaré applicable pour déterminer si le comportement après le fait peut être pertinent à l'égard du degré de culpabilité (par. 124). Il n'y a pas de disproportion flagrante entre les déclarations que M. Turpin a pu faire pour détourner les soupçons à son égard et son degré de culpabilité, lequel constitue également un facteur à prendre en compte. Il ne s'agit pas d'une affaire, comme dans *Rodgerson*, où le comportement après le fait pourrait être jugé destiné à dissimuler la nature et la gravité des blessures subies par la victime, celles-ci pouvant donner une indication du degré de culpabilité de l'infacteur. Il ne s'agit pas d'une affaire non plus, comme dans *Calnen*, où d'autres éléments de preuve dénotaient l'intention et où l'accusé avait caché le corps de la victime en un lieu éloigné puis avait entrepris une série d'actions pour détruire complètement le cadavre en y mettant le feu. En fonction de la logique, du bon sens et de l'expérience humaine, à mon avis, la prétention de M. Turpin selon laquelle Kennedy est

tombée dans la baignoire, si elle est rejetée, ne rend pas plus probable qu'il avait l'intention soit de la tuer, soit de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Par conséquent, il aurait fallu dire au jury de ne pas tenir compte de cet élément de preuve pour se prononcer sur le degré de culpabilité de M. Turpin.

[82] Lorsqu'il n'est plus permis, à bon droit, de tenir compte du comportement après le fait pour évaluer l'élément d'intention, la nature et la gravité des blessures de Kennedy sont tout ce qu'il aurait dû rester au jury pour se prononcer sur la question de l'intention requise pour qu'il y ait meurtre. S'exprimant au nom de la Cour suprême dans l'arrêt *Rodgerson*, le juge Moldaver a souligné que « la nature et la gravité des blessures subies par [la victime] ainsi que le degré de force requis pour les lui infliger » constituaient la pierre angulaire de la thèse du ministère public en matière d'intention (par. 19). Il a ajouté : « Plus les blessures infligées par M. Rodgerson étaient graves et plus grande était la force requise pour les lui infliger, plus il était possible de conclure qu'il avait l'intention de tuer [la victime] » (par. 19). Le juge Moldaver a convenu que la nature et la gravité des blessures et le degré de force requis pour les infliger étaient des facteurs que le jury pouvait prendre en compte pour apprécier l'intention, et il a énoncé des directives plus précises qui auraient pu être données au jury à cet égard (par. 29).

[83] Dans certains cas, la nature et la gravité des blessures subies par la victime, lorsqu'elles sont évaluées en fonction des circonstances de l'affaire, conduiront inévitablement à conclure à l'existence de l'intention de tuer. Pensons, à titre d'exemple, à une victime poignardée à plusieurs reprises ou qui reçoit de nombreux coups à la tête. Il n'en est pas ainsi en l'espèce. Même si plusieurs des témoins experts ne croyaient pas que les blessures de Kennedy étaient imputables à une chute dans la baignoire, aucun n'a pu expliquer de façon absolue comment elle s'était blessée. Certes, la force requise a été qualifiée d'importante, plusieurs témoins l'ayant dite comparable à un accident d'automobile ou à une chute sérieuse; toutefois, le fait demeure que, hormis un hématome à l'arrière de la tête, Kennedy n'avait aucune lésion sur toute autre partie de son corps. Nul ne croyait avec certitude que Kennedy était morte parce qu'elle avait été secouée, de

nombreux experts disant exactement le contraire. À mon avis, en faisant abstraction du comportement après le fait, un jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu conclure raisonnablement et de manière définitive que la blessure à la tête de Kennedy s'expliquait uniquement par le fait que M. Turpin la lui avait infligée en ayant l'intention requise pour commettre un meurtre. Il est tout aussi plausible que M. Turpin ait employé la force contre Kennedy sans être animé d'une telle intention. Lorsque j'examine cette question à la lumière de l'expérience judiciaire, des explications peuvent être données, conciliables avec un événement se situant en deçà du meurtre, que l'on ne peut tout simplement écarter. L'affaire était fondée sur une preuve circonstancielle. À mon avis, il est tout simplement impossible d'affirmer qu'un jury ayant reçu des directives appropriées, agissant de manière judiciaire, pourrait être convaincu que la culpabilité de M. Turpin, celui-ci ayant l'intention requise pour commettre un meurtre, était la seule conclusion raisonnable pouvant être tirée de l'ensemble de la preuve. Dans ces conditions, il faut répondre par la négative à la troisième question posée ci-dessus.

III. Dispositif

[84] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel, j'écarterais la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré, j'inscrirais l'acquittement à l'égard de cette infraction et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation d'homicide involontaire coupable. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner la demande d'autorisation de former un appel reconventionnel relativement à la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle, une demande que j'aurais rejetée en tout état de cause.