

Michael Douglas Joseph Mezzo *Appellant;*

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17958.

1985: February 20; 1986: June 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Directed verdict — Charge of rape — Sufficiency of identification evidence — Complainant's observations of assailant made in difficult conditions — Improper police identification procedures — Trial judge finding identification evidence unreliable to convict — Whether trial judge erred in directing a verdict of acquittal — Test for a directed verdict.

The only issue raised at the accused's trial for rape was identification. Complainant, the only witness with respect to this issue, was attacked on a street shortly after midnight and dragged behind a shed where she was sexually assaulted. The incident took approximately twenty minutes. She testified that although it was dark behind the shed she was still able to see her assailant's face. She described him to the police on three different occasions with some minor variations. Two weeks after the attack, the complainant took part in a courtroom identification. She reacted visibly when she saw the accused and told the police that he looked like her assailant, but she was not sure because her view was obstructed by a sheriff. On a second courtroom identification two days later, she positively identified the accused as her assailant. She did so again at the preliminary hearing and at the trial. At the close of the Crown's case, the trial judge weighed and considered the quality of the evidence and granted a motion for a directed verdict. The majority of the Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. This appeal is to determine whether the trial judge erred in directing a verdict of acquittal despite the fact that there was some evidence as to the identification of the accused.

Michael Douglas Joseph Mezzo *Appellant;*

et

La Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17958.

1985: 20 février; 1986: 26 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Verdict imposé — Accusation de viol — Suffisance de la preuve d'identification — Observations par la plaignante de son agresseur faites dans des conditions difficiles — Procédures d'identification irrégulières de la part de la police — Selon le juge du procès, preuve d'identification peu digne de foi pour conclure à la culpabilité — Le juge du procès a-t-il eu tort d'imposer un verdict d'acquiescement? — Critère applicable en matière de verdict imposé.

La seule question en litige qui a été soulevée au procès pour viol de l'accusé a trait à son identification. La plaignante, seul témoin à cet égard, a été attaquée sur la rue, peu après minuit, et traînée derrière un hangar où elle a été agressée sexuellement. L'incident a duré environ 20 minutes. Dans son témoignage, elle a affirmé que, même s'il faisait noir derrière le hangar, elle avait quand même pu voir le visage de son agresseur. Elle l'a décrit à la police à trois occasions différentes avec quelques variantes mineures. Deux semaines après l'agression, la plaignante a participé à une identification en salle d'audience. Elle a réagi de façon perceptible en apercevant l'accusé et a déclaré à la police qu'il ressemblait à son agresseur, mais qu'elle n'en était pas certaine parce que sa vue était obstruée par un huissier. Au cours d'une seconde identification en salle d'audience deux jours plus tard, elle a formellement identifié l'accusé comme étant son agresseur. Elle l'a identifié de nouveau à l'enquête préliminaire et au procès. Après la présentation de la preuve du ministère public, le juge du procès a examiné la qualité de cette preuve et, après l'avoir évaluée, a fait droit à une requête en obtention d'un verdict imposé. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et a ordonné un nouveau procès. Le pourvoi a pour objet de déterminer si le juge du procès a eu tort d'imposer un verdict d'acquiescement en dépit du fait qu'il y avait des éléments de preuve quant à l'identification de l'accusé.

Held (Lamer and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ.: In deciding whether to grant a motion for a directed verdict, the trial judge must determine "whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty". A trial judge is not entitled to withdraw a case from a jury where there is admissible evidence which could, if believed, result in a conviction, notwithstanding the frailties of the evidence. It is not the trial judge's function to weigh or consider the quality of the evidence. The weight that should be given to evidence, like questions of credibility, are matters for the jury only. In the case at bar, there was direct evidence of identification and the case should have been left to the jury with a proper caution.

Per Dickson C.J. and Wilson J.: The governing test in Canada for a directed verdict is "whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty". This test may be susceptible of more than one interpretation, but an examination of its antecedents support the view that at this stage of the trial, the basis on which a trial judge can withdraw a case from the jury is extremely narrow. Although some cases suggest that the trial judge can direct a verdict only where there is no evidence at all, the words "no evidence", in this context, are not to be taken literally as meaning a total absence of evidence but rather as meaning no evidence capable of supporting a conviction.

In determining whether or not to direct a verdict in cases which turn on eyewitness testimony, the trial judge should address his mind to the factors going to the quality of the identification evidence and, where the frailties in the evidence can be remedied by a caution, he should leave the matter to the jury.

In the present case, the trial judge erred in law in directing a verdict of acquittal on the basis solely of the quality of the initial identification evidence. The substantial consistency in the complainant's description of the accused given on three separate occasions prior to any improper police procedures required him to put the evidence to the jury with a caution as to the inherent frailty of the identification evidence, coupled with an instruction to consider carefully the conditions under which the identification is made. A jury is in just as

Arrêt (les juges Lamer et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Le Dain: En décidant s'il doit faire droit à une requête en obtention d'un verdict imposé, le juge du procès doit vérifier s'il «existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité». Le juge du procès ne peut pas dessaisir le jury d'une affaire lorsqu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité malgré leurs faiblesses. Il n'appartient pas au juge du procès d'évaluer ou d'examiner la qualité de la preuve. Le poids qui doit être accordé aux témoignages, tout comme les questions de crédibilité, relève exclusivement de la compétence du jury. En l'espèce, il y avait une preuve directe d'identification qui aurait dû être laissée à l'appréciation du jury, après lui avoir fait une mise en garde appropriée.

Le juge en chef Dickson et le juge Wilson: Au Canada, le critère qui régit le verdict imposé consiste à déterminer s'il «existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité». Ce critère peut recevoir plus d'une interprétation, mais l'examen de ses antécédents confirme qu'à ce stade du procès les raisons pour lesquelles le juge peut dessaisir le jury sont extrêmement limitées. Même si dans certaines affaires on laisse entendre que le juge du procès ne peut imposer un verdict que dans les cas où il n'existe absolument aucune preuve, l'expression «aucune preuve», dans ce contexte, ne doit pas être interprétée littéralement comme signifiant une absence totale de preuve, mais doit plutôt s'entendre d'aucune preuve susceptible de justifier une déclaration de culpabilité.

En décidant s'il doit ou non imposer un verdict dans des affaires qui reposent sur la déposition de témoins oculaires, le juge doit tenir compte des facteurs qui influent sur la qualité de la preuve d'identification et, lorsque les faiblesses de la preuve peuvent être corrigées par une mise en garde, il doit soumettre l'affaire à l'appréciation du jury.

En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur de droit en imposant un verdict d'acquiescement en fonction uniquement de la qualité de la preuve d'identification initiale. La cohérence substantielle des descriptions de l'accusé par la plaignante, fournies en trois occasions distinctes, avant qu'il n'y ait des procédures irrégulières de la part de la police, l'obligeait à soumettre cette preuve à l'appréciation du jury, après lui avoir fait une mise en garde sur la faiblesse inhérente de la preuve d'identification, assortie de l'instruction d'examiner soi-

good a position as the trial judge to assess the witness' opportunity for observation and the strength of his evidence based on that opportunity.

The courtroom identification neither destroyed the complainant's fairly reliable initial evidence nor weakened it beyond the point where it could not be taken care of by a properly worded caution. The conduct of the police line-up, while irregular, was not so irregular by Canadian standards as to be beyond the capabilities of a jury, properly directed, to balance the overall strengths and weaknesses of her evidence against the prejudicial impact of the improper identification process and the difficulties inherent in the complainant's initial observation of her assailant.

Per Lamer and La Forest JJ., dissenting: The test to be applied by a judge when deciding a motion for a directed verdict is "whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty". When assessing the sufficiency of the evidence, the trial judge cannot assess the witness' honesty which is a matter for the jury but may assess the witness' capacity to be accurate and his resulting reliability. Thus, when applied to testimonial evidence, the test involves an assessment by the judge of the circumstances under which a witness makes his observations. These circumstances may undermine the reliability of the witness' accuracy.

In the case at bar, the trial judge did not err in directing a verdict of acquittal. It is clear from his reasons that he applied the proper test and that he addressed his mind to an assessment of the quality of the identification evidence. He found that the difficult conditions under which the observations were made and the improper identification procedures of the police—procedures that could tend to induce the witness into mistakenly identifying someone—made it too dangerous to rest a conviction on her testimony, honest as it might well have been.

The majority of the Court of Appeal found that it would not have been unsafe to convict, while the dissenting judge shared the trial judge's view. This did not raise a question of law alone in the Court of Appeal, and the Crown's appeal should have been dismissed.

gneusement les conditions dans lesquelles l'identification a été faite. Le jury est aussi bien placé que le juge du procès pour évaluer les possibilités d'observation qu'a eu un témoin et, en fonction de ces possibilités, la force probante de son témoignage.

L'identification en salle d'audience n'a pas eu pour effet de détruire la preuve initiale raisonnablement fiable de la plaignante, ni de l'affaiblir au point de ne pouvoir y remédier par une mise en garde appropriée. La séance d'identification à laquelle les policiers ont procédé n'a pas été irrégulière, selon les normes canadiennes, au point d'aller au-delà des capacités d'un jury, ayant reçu des directives appropriées, d'évaluer les points forts et les points faibles de l'ensemble de son témoignage par rapport à l'effet préjudiciable de la procédure d'identification irrégulière et aux difficultés inhérentes ayant entouré la première observation par la plaignante de son agresseur.

Les juges Lamer et La Forest, dissidents: Le critère qu'un juge doit appliquer pour statuer sur une requête en obtention d'un verdict imposé consiste à déterminer s'il «existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité». Lorsqu'il évalue le caractère suffisant de la preuve, le juge du procès peut apprécier non pas la sincérité du témoin, qui est une question qui relève de la compétence du jury, mais sa capacité d'être précis et la fiabilité qui en résulte. Ainsi, l'application de ce critère à une preuve testimoniale comporte une appréciation par le juge des circonstances dans lesquelles un témoin a fait ses observations. Ces circonstances peuvent miner la fiabilité de la précision du témoin.

En l'espèce, le juge n'a pas eu tort d'imposer un verdict d'acquittal. Il ressort clairement de ses motifs qu'il a appliqué le bon critère et qu'il s'est concentré sur l'appréciation de la qualité de la preuve d'identification. Il a conclu que les conditions difficiles dans lesquelles les observations ont été faites et les procédures d'identification irrégulières de la police—procédures susceptibles d'amener le témoin à identifier quelqu'un à tort—faisaient qu'il était trop dangereux de fonder une déclaration de culpabilité sur son témoignage, tout aussi sincère qu'il avait bien pu être.

La Cour d'appel a conclu à la majorité qu'il n'aurait pas été dangereux de prononcer la culpabilité, alors que le juge dissident a partagé l'avis du juge du procès. Cela n'a pas soulevé en Cour d'appel une question de droit seulement et l'appel du ministère public aurait dû être rejeté.

Cases Cited

By McIntyre J.

United States of America v. Shephard, [1977] 2 S.C.R. 1067, applied; *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396, aff'g [1938] O.R. 200; *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549, considered; *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22; *R. v. Atwood and Robbins* (1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334; *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193; *R. v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172; *R. v. Dowsey* (1866), 6 N.S.R. 93; *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352; *Girvin v. The King* (1911), 45 S.C.R. 167; *Fraser v. The King*, [1936] S.C.R. 1; *Fraser v. The King*, [1936] S.C.R. 296; *R. v. Knox*, [1968] 2 C.C.C. 348; *R. v. Sawrenko* (1971), 4 C.C.C. (2d) 338; *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181; *Lavoie v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 193; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860, referred to.

By Wilson J.

United States of America v. Shephard, [1977] 2 S.C.R. 1067, applied; *R. v. Turnbull*; *R. v. Roberts*; *R. v. Whitby*, [1976] 3 All E.R. 549; *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396; *R. v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172, aff'g (1948), 91 C.C.C. 210; *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185; *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358; *R. v. Smith* (1975), 12 N.S.R. (2d) 289; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279; *R. v. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, considered; *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22; *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; *John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781; *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181; *Lavoie v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 193; *R. v. Kyling*, [1970] S.C.R. 953; *Feeley v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 59; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1973] F.C. 1206; *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, referred to.

By Lamer J. (dissenting)

United States of America v. Shephard, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1973] F.C. 1206; *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549; *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358; *R. v. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241; *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22; *R. v. Atfield* (1983), 42 A.R. 294; *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185; *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 475 [am. R.S.C. 1970 (2nd Supp.)], c. 2, s. 8; 1985 (Can.), c. 19, s. 101(1)], 618(2)(a) [rep. & subs. 1974-75-76 (Can.), c. 105, s. 18(2)].

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêt appliqué: *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; arrêts examinés: *R. v. Comba*, [1938] R.C.S. 396, confirmant [1938] O.R. 200; *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549; arrêts mentionnés: *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22; *R. v. Atwood and Robbins* (1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334; *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193; *R. v. Morabito*, [1949] R.C.S. 172; *R. v. Dowsey* (1866), 6 N.S.R. 93; *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352; *Girvin v. The King* (1911), 45 R.C.S. 167; *Fraser v. The King*, [1936] R.C.S. 1; *Fraser v. The King*, [1936] R.C.S. 296; *R. v. Knox*, [1968] 2 C.C.C. 348; *R. v. Sawrenko* (1971), 4 C.C.C. (2d) 338; *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181; *Lavoie c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 193; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860.

Citée par le juge Wilson

Arrêt appliqué: *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; arrêts examinés: *R. v. Turnbull*; *R. v. Roberts*; *R. v. Whitby*, [1976] 3 All E.R. 549; *R. v. Comba*, [1938] R.C.S. 396; *R. v. Morabito*, [1949] R.C.S. 172, confirmant (1948), 91 C.C.C. 210; *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185; *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358; *R. v. Smith* (1975), 12 N.S.R. (2d) 289; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279; *R. v. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; arrêts mentionnés: *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22; *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; *John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781; *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181; *Lavoie c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 193; *R. c. Kyling*, [1970] R.C.S. 953; *Feeley v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 59; *L'État portoricain c. Hernandez*, [1973] C.F. 1206; *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272.

Citée par le juge Lamer (dissident)

États-Unis d'Amérique c. Shephard, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. v. Comba*, [1938] R.C.S. 396; *L'État portoricain c. Hernandez*, [1973] C.F. 1206; *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549; *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358; *R. v. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241; *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22; *R. v. Atfield* (1983), 42 A.R. 294; *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185; *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 475 [mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.)], chap. 2, art. 8; 1985 (Can.), chap. 19, art. 101(1)], 618(2)(a) [abr. et rempl. par 1974-75-76 (Can.), chap. 105, art. 18(2)].

Authors Cited

Devlin, P. *Trial by Jury*, London, Stevens & Sons Ltd., 1966.

Morris, J. Fish. "Committal for Trial: 'Some' Evidence is Not 'Sufficient'" (1979), 39 *R. du B.* 607.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1983), 35 C.R. (3d) 272, 22 Man. R. (2d) 223, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a directed verdict on a charge of rape and ordering a new trial. Appeal dismissed, Lamer and La Forest JJ. dissenting.

John Scurfield, for the appellant.

Brian Kaplan, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and Wilson J. were delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Lamer J. He would allow the appeal on the basis that the majority of the Court of Appeal had no jurisdiction to interfere with the trial judge's decision because no question of law arose. With respect, I have a different view. I think two questions of law arose.

The first question of law concerns the test to be applied in determining when a case should be withdrawn from the jury because of the quality of the identification evidence. Although there is a considerable amount of jurisprudence on the test for a directed verdict, some confusion has been generated by the use of different terms to describe what may or may not be different tests. An examination of the existing authorities is, I believe, helpful in eliciting the proper principles.

The second question of law raised by the trial judge's decision is when subsequent improper police procedures so impair the quality of earlier identification evidence that the case should be withdrawn from the jury. It would appear that the trial judge would have directed the verdict on either of these grounds. However, he clearly felt that the second ground reinforced his conclusion on the first and this is not surprising since the two

Doctrine citée

Devlin, P. *Trial by Jury*, London, Stevens & Sons Ltd., 1966.

Morris, J. Fish. «Committal for Trial: 'Some' Evidence is Not 'Sufficient'» (1979), 39 *R. du B.* 607.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1983), 35 C.R. (3d) 272, 22 Man. R. (2d) 223, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé par suite d'un verdict imposé relativement à une accusation de viol et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Lamer et La Forest sont dissidents.

John Scurfield, pour l'appellant.

Brian Kaplan, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Wilson rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Lamer. Il est d'avis d'accueillir le pourvoi pour le motif que la Cour d'appel à la majorité n'avait pas compétence pour modifier la décision du juge du procès, aucune question de droit ne se posant. Avec égards, je suis d'un avis différent. Je pense que deux questions de droit se posaient.

La première question de droit concerne le critère qu'il faut appliquer en décidant si le jury doit être dessaisi d'une affaire en raison de la qualité de la preuve d'identification offerte. Certes, il existe une jurisprudence considérable sur le critère applicable en matière de verdict imposé, mais l'emploi de termes différents pour décrire ce qui peut ou non constituer des critères différents a suscité une certaine confusion. Un examen des précédents sera, à mon sens, utile pour circonscrire les principes appropriés.

La seconde question de droit que pose la décision du juge du procès est de savoir quand certaines procédures irrégulières utilisées subséquemment par la police portent atteinte à la qualité de la preuve d'identification réunie antérieurement au point que le jury devrait être dessaisi de l'affaire. Il semblerait que le juge du procès aurait imposé le verdict pour l'un ou l'autre motif. Toutefois, il a manifestement estimé que le second motif renfor-

are obviously linked. It would seem that the weaker the initial identification evidence the less impropriety it would take to undermine it totally. The stronger the initial identification evidence the higher the degree of subsequent impropriety it might take to undermine it.

1. The Courts Below

There is some disagreement in the courts below as to the basis on which the evidence was withheld from the jury. It is clear that Wright J. at trial felt that the complainant's testimony met the test of extreme insufficiency required for a directed verdict. What is unclear is whether this was because of the potential for inaccuracy in the complainant's initial observation of her assailant or because of the irregularities in her subsequent identification of Mr. Mezzo as the accused. Wright J. analyzed the problem before him in terms of the English Court of Appeal's decision in *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549. The key passage from Wright J.'s reasons reads:

I have concluded that these facts fall squarely within the directions in *Turnbull*, approved by the Alberta Court of Appeal, and even where there has been a proper or adequate identity parade, require that the case be taken from the jury.

In the present case there is the additional factor that I do not believe the procedure followed by the police in the subsequent identification of the accused by the complainant at the police station was proper and that fact has further damaged the complainant's identification evidence.

(Emphasis added.)

There is nothing in Wright J.'s reasons to indicate that he considered the possibility of counteracting the frailties in the complainant's initial observation of her assailant with a strongly worded caution to the jury. His failure to do so may have been due to the fact that he collapsed the issue of the quality of the initial identification with the issue of the effect of the improper police procedures. This seems to be the interpretation favoured by Matas J.A., dissenting in the Court of Appeal

çait sa conclusion sur le premier, ce qui n'est pas surprenant puisque de toute évidence les deux sont reliés. Il semblerait que plus la preuve d'identification initiale est faible, moins les procédures ultérieures ont à être irrégulières pour la miner complètement. Plus la preuve d'identification initiale est forte, plus il faudra un degré élevé d'irrégularités subséquentes pour la miner.

b 1. Les cours d'instance inférieure

Dans une certaine mesure, les cours d'instance inférieure ne s'entendent pas sur la raison pour laquelle la preuve n'a pas été soumise au jury. Il est clair que le juge Wright a estimé, au procès, que le témoignage de la plaignante satisfaisait au critère de l'insuffisance extrême nécessaire pour qu'il y ait verdict imposé. Ce qui n'est pas clair, c'est si cela est dû à la possibilité d'inexactitude dans l'observation initiale par la plaignante de son agresseur ou aux irrégularités commises dans son identification subséquente de M. Mezzo comme accusé. Le juge Wright a analysé le problème dont il était saisi en fonction de l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549. Voici le passage clé de ses motifs à cet égard:

[TRADUCTION] J'ai conclu que ces faits tombent exactement sous le coup des directives de l'arrêt *Turnbull*, approuvées par la Cour d'appel de l'Alberta, et que même dans le cas où il y a eu une séance d'identification régulière ou suffisante, il faut dessaisir le jury.

En l'espèce, il y a le fait supplémentaire que je ne crois pas que la procédure suivie par la police pour l'identification subséquente de l'accusé par la plaignante au poste de police a été régulière, ce qui affaiblit davantage la preuve d'identification fournie par la plaignante.

(C'est moi qui souligne.)

Rien dans les motifs du juge Wright n'indique qu'il a étudié la possibilité de contrebalancer les faiblesses de l'observation initiale par la plaignante de son agresseur par une forte mise en garde au jury. S'il ne l'a pas fait, c'est peut-être parce qu'il a fusionné les questions de la qualité de l'identification initiale et de l'effet des procédures irrégulières de la police. Cela me semble être l'interprétation favorisée par le juge Matas, dissident en Cour d'appel (1983), 35 C.R. (3d) 272. Il s'est dit d'avis

(1983), 35 C.R. (3d) 272. He expressed the view that Wright J. could not possibly have decided to direct a verdict on the basis of the complainant's initial identification evidence alone as that would be to take the principles in *Turnbull* too far.

With respect, I think Matas J.A. may be wrong in his assessment of what the trial judge did. I think that the trial judge in the passage already quoted from his reasons did decide that the frailties of the initial identification evidence were reason enough for directing a verdict. He specifically states that "even where there has been a proper or adequate identity parade" the case must be taken from the jury. However, he went on to find that the "additional factor" of the improper police procedures "further damaged" the complainant's initial identification evidence. The question whether Wright J. erred in law in his assessment of the complainant's initial identification evidence is therefore validly raised. Indeed, as I hope to show in the ensuing analysis of the authorities, Wright J. erred in taking the case from the jury on this basis. The substantial consistency in the complainant's descriptions of the accused given on three separate occasions prior to any improper police procedures required him, in my view, to put the evidence to the jury with an appropriate caution.

Matas J.A. in his dissenting reasons concluded that the trial judge was correct in directing a verdict. He thought that "the difficulty with the several descriptions furnished by the complainant was compounded by the improper show-up identifications" (p. 284). He concluded that it was impossible to say "if the complainant identified the accused on the second occasion only as the man she saw in court the first time or whether she was making a valid identification of the assailant" (p. 285). Accordingly, for this reason Matas J.A. thought that the only course open to the trial judge was to direct a verdict of acquittal.

Hall J.A., speaking for the majority, had a different view. He considered that the identification evidence of the complainant should have gone

que le juge Wright ne peut avoir décidé d'imposer un verdict en raison uniquement de la preuve d'identification initiale par la plaignante, car cela reviendrait à pousser trop loin les principes de l'arrêt *Turnbull*.

Avec égards, je crois que le juge Matas a peut-être tort dans son appréciation de ce qu'a fait le juge du procès. J'estime que le juge du procès, dans l'extrait déjà cité de ses motifs, a bien décidé que les faiblesses de la preuve d'identification initiale suffisaient à justifier un verdict imposé. Il dit expressément que «même dans le cas où il y a eu une séance d'identification régulière ou suffisante», il faut dessaisir le jury. Cependant, il constate ensuite que le «fait supplémentaire» des procédures irrégulières de la police «affaiblit davantage» la preuve d'identification initiale de la plaignante. La question de savoir si le juge Wright a commis une erreur de droit en évaluant la preuve d'identification initiale de la plaignante est donc valablement soulevée. En réalité, comme j'espère le démontrer dans l'analyse suivante de la jurisprudence, le juge Wright a eu tort de dessaisir le jury pour ce motif. La cohérence substantielle des descriptions de l'accusé par la plaignante, fournies en trois occasions distinctes, avant qu'il n'y ait des procédures irrégulières de la part des policiers, l'obligeait, à mon avis, à soumettre cette preuve à l'appréciation du jury après lui avoir fait la mise en garde appropriée.

Le juge Matas, dans ses motifs de dissidence, conclut que le juge du procès a eu raison d'imposer un verdict. Il pense que [TRADUCTION] «le problème que posaient les différentes descriptions fournies par la plaignante a été aggravé par les séances d'identification irrégulières» (p. 284). Selon lui, il était impossible de dire [TRADUCTION] «si la plaignante, quand elle a identifié l'accusé la seconde fois, n'a fait qu'identifier l'homme qu'elle avait vu en cour la première fois, ou si elle procédait alors à une identification valide de son agresseur» (p. 285). Donc, pour cette raison, le juge Matas a pensé que le juge du procès n'avait d'autre choix que d'imposer un verdict d'acquiescement.

Le juge Hall, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, a adopté un point de vue différent. Il a estimé que la qualité de la preuve

to the jury for an assessment of its quality in light of the opportunity she had to see him provided proper directions were given by the trial judge. He found that the applicable principle was that enunciated in *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396, and adopted by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22, rather than that put forward in *Turnbull* which the trial judge had applied. In other words, the proper test in Hall J.A.'s view was whether in light of the "dubious nature of the evidence it would be unsafe to find the prisoner guilty".

2. The Test for a Directed Verdict

In Canada the governing test for a directed verdict is set out by Ritchie J. in *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067 at p. 1080, as follows:

... whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty. The "justice", in accordance with this principle, is, in my opinion, required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction.

I agree with Lamer J. that the division of views expressed by the majority and the minority in *Shephard* is of little relevance here. It is clear that in the present case the issue was not the credibility of the complainant but the quality of her evidence based on her opportunities for observation. However, I disagree with my colleague's view that "quality" of evidence is truly the realm of the trial judge". A jury is in just as good a position as a trial judge to assess the witness' opportunity for observation and the strength of his or her evidence based on that opportunity. Indeed, this is something that lay people are peculiarly well equipped to do.

In my view, both the law and the traditional importance of the jury require a large measure of deference to be accorded the jury even where

d'identification de la plaignante aurait dû être laissée à l'appréciation du jury, compte tenu de la possibilité qu'elle avait eu de le voir, pourvu que le juge du procès lui donne les directives appropriées. Il a conclu que le principe applicable est celui énoncé dans l'arrêt *R. v. Comba*, [1938] R.C.S. 396, et adopté par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22, plutôt que celui exprimé dans l'arrêt *Turnbull* et appliqué par le juge du procès. En d'autres termes, le critère applicable, selon le juge Hall, est de savoir si, compte tenu de la [TRADUCTION] «nature douteuse de la preuve, il serait dangereux de déclarer le prévenu coupable».

2. Le critère applicable en matière de verdict imposé

Au Canada, le critère qui régit le verdict imposé a été énoncé ainsi par le juge Ritchie dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067 à la p. 1080:

... selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité. Conformément à ce principe, j'estime que le «juge de paix» doit renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès chaque fois qu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité.

Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire que la divergence d'opinions entre les juges formant la majorité et ceux formant la minorité dans l'arrêt *Shephard* a peu d'importance en l'espèce. Il est clair que ce qui est en cause en l'espèce est non pas la crédibilité de la plaignante, mais plutôt la qualité de son témoignage en fonction de ses possibilités d'observation. Néanmoins, je ne partage pas l'avis de mon collègue que «la «qualité» de la preuve relève véritablement du juge du procès». Le jury est aussi bien placé que le juge du procès pour évaluer les possibilités d'observation qu'a eu un témoin et, en fonction de ces possibilités, la force probante de son témoignage. En fait, c'est là une tâche que le profane est particulièrement apte à accomplir.

À mon avis, tant le droit que l'importance traditionnelle accordée au jury exigent une grande déférence envers ce dernier, même lorsque la qua-

quality as opposed to credibility is at issue. Although by itself Ritchie J.'s test in *Shephard* may be susceptible of more than one interpretation, an examination of its antecedents supports the view that at this stage of the trial the judge's function is narrowly circumscribed by the central role of the trier of fact.

In *R. v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172, affirming (1948), 91 C.C.C. 210 (Ont. C.A.), this Court had occasion to expand on the dual role of a trial judge sitting alone on a motion for a directed verdict. In support of the motion the defence had argued that the evidence adduced by the Crown should leave in the mind of the trial judge a reasonable doubt as to the guilt of the accused. The trial judge proceeded to weigh the evidence in relation to the reasonable doubt standard and acquitted the accused. The Court of Appeal upheld the acquittal. However, Roach J.A. in dissent was of the view that the trial judge had no jurisdiction at this stage of the proceedings to consider the question of reasonable doubt. Rather, that question was for the jury or for the judge *qua* jury only after the defence had made its election to submit or not submit additional evidence and after that evidence, if any, was in. Roach J.A. described the limited nature of the trial judge's decision at this intermediate stage in terms of a choice between "evidence which . . . would justify a conviction" and "no evidence" as follows at pp. 215-16:

The question whether or not there was any evidence which, if believed, would justify a conviction, is a question of law. I have recorded sufficient of the Crown's evidence to make it perfectly clear that as a matter of law if the accused was being tried by a Judge and jury, rather than by a Judge alone, the Judge would have had to leave the case to the consideration of the jury either to acquit or to convict. He could not have instructed the jury that there was no evidence and directed them to return a verdict of acquittal.

Roach J.A.'s dissenting reasons found favour with a majority of this Court and it was unanimously agreed that a new trial should be ordered.

lité d'un témoignage par opposition à la crédibilité du témoin est en cause. Quoiqu'en lui-même le critère du juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard* puisse recevoir plus d'une interprétation, l'examen de ses antécédents confirme qu'à ce stade du procès la fonction du juge est étroitement circonscrite par le rôle primordial que joue le juge des faits.

Dans l'arrêt *R. v. Morabito*, [1949] R.C.S. 172, confirmant (1948), 91 C.C.C. 210 (C.A. Ont.), cette Cour a eu l'occasion de traiter plus en détail le double rôle d'un juge du procès qui instruit seul une requête en obtention d'un verdict imposé. Pour appuyer sa requête, la défense avait fait valoir que la preuve soumise par le ministère public devait susciter dans l'esprit du juge un doute raisonnable quant à la culpabilité du prévenu. Le juge du procès, ayant évalué la preuve en fonction du critère du doute raisonnable, a acquitté le prévenu. La Cour d'appel a confirmé l'acquittement. Toutefois, le juge Roach, dissident, a été d'avis que le juge du procès n'avait pas compétence à ce stade de l'instance pour examiner la question du doute raisonnable. Cette question devait plutôt être laissée à l'appréciation du jury ou du juge en tant que juge des faits, et ce, uniquement après que la défense eut choisi de présenter ou de ne pas présenter des éléments de preuve additionnels et, le cas échéant, après la production de ces éléments de preuve. Le juge Roach décrit aux pp. 215 et 216 la nature limitée de la décision du juge, à ce stade intermédiaire, comme étant un choix entre [TRADUCTION] «une preuve qui . . . justifierait une déclaration de culpabilité» et «aucune preuve»:

[TRADUCTION] La question de savoir s'il existe une preuve qui, si on y ajoutait foi, justifierait une déclaration de culpabilité, est une question de droit. J'ai relevé suffisamment d'éléments de preuve administrés par le ministère public pour qu'il soit parfaitement clair que, sur le plan du droit, si le prévenu était jugé par un juge et un jury, plutôt que par un juge seul, le juge aurait été obligé de laisser au jury le soin de les apprécier afin de prononcer un verdict d'acquittement ou de culpabilité. Il n'aurait pas pu dire au jury qu'il n'y avait pas de preuve, ni leur imposer un verdict d'acquittement.

Les motifs de dissidence du juge Roach ont été accueillis favorablement par cette Cour à la majorité et il a été unanimement convenu qu'un nouveau procès devait être ordonné.

A similar question as to the scope of the trial judge's function on a motion for a directed verdict arose in the context of circumstantial evidence in *R. v. Comba*, *supra*. In that case this Court set aside a jury verdict of guilt. Sir Lyman Duff C.J. stated, in effect, that cases comprised wholly of circumstantial evidence should be measured against the rule in *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136. The rule states that where all the evidence is circumstantial the accused can be found guilty only if the evidence is both consistent with guilt and inconsistent with any other rational conclusion. He also remarked that this would have been an appropriate case to direct a verdict of acquittal. A line of jurisprudence subsequently developed which incorporated the rule in *Hodge's Case* into the trial judge's deliberations on a motion for a directed verdict, thus creating an exception where circumstantial evidence was concerned to the narrow role of the judge at this stage of the trial.

The divergence of views on this point was not resolved until the mid 1970's. In *John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781, this Court stated that the rule in *Hodge's Case* was simply an elaboration of the reasonable doubt standard. The logical extension of this position occurred in *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181, and *Lavoie v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 193, cases in which this Court held that the rule in *Hodge's Case* and the question of reasonable doubt does not arise on a motion for a directed verdict. Although additional confusion has been generated by Ritchie J.'s seeming approval in *Shephard* of the notion that Sir Lyman Duff C.J. intended to create a special exception in *Comba*, I think his remarks must be read in light of the clear rejection only a few months later of the relevance of the *Hodge's Case* standard to directed verdicts in *Lavoie*, *supra*. Laskin C.J. wrote the judgment of a unanimous Court which included Ritchie J. and which reads in its entirety as follows at p. 193:

Une question similaire quant à l'étendue du rôle du juge du procès lorsqu'il est saisi d'une requête en obtention d'un verdict imposé s'est posée dans le contexte d'une preuve indirecte dans l'arrêt *R. v. Comba*, précité. Dans cette affaire, cette Cour a annulé le verdict de culpabilité prononcé par un jury. Le juge en chef sir Lyman Duff a dit en fait que les cas qui ne comportent que des éléments de preuve indirecte doivent être appréciés en fonction de la règle établie dans l'affaire *Hodge* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136. Suivant cette règle, lorsque toute la preuve offerte est indirecte, l'accusé ne peut être déclaré coupable que si la preuve est non seulement compatible avec sa culpabilité, mais encore incompatible avec toute autre conclusion rationnelle. Il a aussi fait remarquer qu'il s'agit d'un cas où un verdict d'acquiescement aurait pu être imposé. Un courant de jurisprudence qui s'est par la suite développé a étendu l'application de la règle de l'affaire *Hodge* aux délibérations du juge saisi d'une requête en obtention d'un verdict imposé, créant ainsi une exception, dans le cas où la preuve est entièrement indirecte, au rôle limité que joue le juge à ce stade de l'instance.

La divergence d'opinions sur ce point n'a été résolue qu'au milieu des années 70. Dans l'arrêt *John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781, cette Cour a dit que la règle établie dans l'affaire *Hodge* n'était qu'une illustration de la norme du doute raisonnable. Le prolongement logique de cette thèse est survenu dans les arrêts *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181, et *Lavoie c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 193, où cette Cour a jugé que la règle de l'affaire *Hodge* et la question du doute raisonnable ne se posent pas dans le cadre d'une requête en obtention d'un verdict imposé. Même si, en approuvant apparemment dans l'arrêt *Shephard* l'idée que le juge en chef sir Lyman Duff a voulu créer une exception spéciale dans l'arrêt *Comba*, le juge Ritchie a ajouté à la confusion, je crois que ses observations doivent être interprétées en fonction du rejet non équivoque, à peine quelques mois plus tard dans l'arrêt *Lavoie*, précité, de l'applicabilité de la norme de l'affaire *Hodge* en matière de verdict imposé. Le juge en chef Laskin a écrit l'arrêt unanime de la Cour, dont faisait partie le juge Ritchie; en voici le texte complet, tiré de la p. 193:

It will not be necessary to hear you, Mr. Gagnon. We are all of the opinion that there was no error in the judgment of the Court of Appeal. On the motion by the accused for a directed verdict, the rule in *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136, does not apply, as this Court held in *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181. The appeal is dismissed.

Accordingly, the notion of a *Comba* exception to general principles in terms of the standard against which to measure circumstantial evidence at this stage of a trial was finally put to rest and the restrictive role of the trial judge reaffirmed.

Some of the other antecedents to *Shephard* lend further support to the view that the basis on which a trial judge can withdraw a case from the jury is extremely narrow. As mentioned earlier, Roach J.A. of the Court of Appeal in *Morabito* spoke in terms of "no evidence" and several other decisions describe the directed verdict question as the "absence of evidence" question. Perhaps the strongest statement to this effect is by Pigeon J. in *R. v. Kyling*, [1970] S.C.R. 953. In the course of his reasons he stated at p. 955:

The first reason given by the majority for dismissing the appeal was that the decision of the trial court was not really a nonsuit, but rather an acquittal on the merits, for an insufficiency, not an absence, of evidence. It was rightly pointed out that whereas the absence of any evidence is a question of law, the insufficiency of the evidence is essentially a question of fact. The right of appeal by the prosecution, however, is only on a question of law.

And later at p. 956:

In *The King v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172, this Court held that a nonsuit pronounced on a motion by the defence after the close of the case for the Crown is a decision on a question of law, namely, the absence of evidence. This rule was also held applicable to summary proceedings by the judgment in *Feeley et al. v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 59. I have found nothing in the 1955 *Criminal Code* that might imply a change in the principles underlying these judgments, nor has anything to this effect been brought to our attention.

The language in these cases would seem to limit intervention by the trial judge to instances in

Il ne sera pas nécessaire de vous entendre Maître Gagnon. Nous sommes tous d'avis qu'il n'y a aucune erreur dans le jugement de la Cour d'appel. Sur la requête de l'accusé pour un verdict dirigé, la règle de l'affaire *Hodge* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136, est sans application, comme nous l'avons dit dans l'arrêt *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181. Le pourvoi est rejeté.

Ainsi, l'idée d'une exception *Comba* aux principes généraux pour ce qui est de la norme applicable à l'évaluation d'une preuve indirecte à ce stade d'un procès a finalement été abandonnée et le rôle limité du juge réaffirmé.

Certains autres arrêts qui ont précédé l'arrêt *Shephard* étayaient davantage le point de vue selon lequel les raisons pour lesquelles le juge peut dessaisir le jury sont extrêmement limitées. Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge Roach de la Cour d'appel dans l'arrêt *Morabito* a parlé d'«aucune preuve» et plusieurs autres décisions décrivent la question du verdict imposé comme celle de l'«absence de preuve». Le commentaire sans doute le plus fort en ce sens est celui du juge Pigeon dans l'arrêt *R. c. Kyling*, [1970] R.C.S. 953. Dans ses motifs, il affirme, à la p. 955:

Le premier motif donné par les juges de la majorité pour rejeter l'appel c'est que le jugement de première instance ne serait pas vraiment une ordonnance de non-lieu mais bien un acquittement prononcé au fond non pas pour absence mais pour insuffisance de preuve. On fait observer, ce qui est exact, que tandis que l'absence de preuve est une question de droit, l'insuffisance de preuve est essentiellement une question de fait. Or, le droit d'appel ne peut être exercé par la poursuite que sur une question de droit.

Et plus loin, à la p. 956:

Dans *Le Roi c. Morabito*, [1949] R.C.S. 172, cette Cour a statué qu'une ordonnance de non-lieu prononcée à la demande de la défense après la clôture de la preuve de la poursuite est une décision portant sur une question de droit, savoir l'absence de preuve. Cette même règle a été déclarée applicable à un procès sommaire par l'arrêt rendu dans *Feeley et autres c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 59. Je n'ai rien trouvé dans le *Code criminel* de 1955 qui soit de nature à impliquer un changement dans les principes qui ont motivé ces arrêts et rien de tel nous a été signalé.

Les termes employés dans ces affaires sembleraient limiter les interventions du juge du procès

which there is absolutely no evidence at all. While this would seem to offer a simple and clear-cut standard, I believe that in this context "no evidence" is not to be taken literally as meaning a total absence of any evidence but as meaning rather no evidence capable of supporting a conviction.

The dissenting reasons of de Grandpré J. in *Paul* afford, perhaps, the clearest insight into the special meaning of "no evidence". In that case Ritchie J. for the majority ordered a new trial, thus overturning a directed verdict of acquittal at trial on a charge of knowing possession of stolen goods. He stated at p. 189 that in his view the admitted facts were such that "a properly instructed jury might reasonably have drawn the inference that they [the goods] did not get there without having been stolen by somebody". De Grandpré J. (Laskin C.J. and Spence J. concurring) disagreed. He felt that evidence on two of the essential elements of the offence in question was lacking. In the course of his reasons de Grandpré J. wrote at pp. 185-86:

There is no question that on a motion for nonsuit the accused can only be released if there is an absence of evidence. In this connection we need only refer to the remarks of Pigeon J. in *The Queen v. Kyling*, [1970] S.C.R. 953, at p. 956:

As Pigeon J. points out, the applicable principles were discussed more fully in *Morabito* and *Feeley*, and I adopt the reasons expressed in those cases.

However, the expression "absence of evidence" does not mean that the motion for a nonsuit must be dismissed whenever there is an iota of evidence, no matter how inconsequential this may be. On the contrary, a careful reading of *Feeley*, referred to above, discloses that there were few iotas of evidence in that case. Appellants had been acquitted at first instance on a motion for nonsuit, and the Court of Appeal had set aside this acquittal and ordered a new trial. This Court unanimously reinstated the judgment of acquittal with respect to three of the four appellants. Cartwright J., as he then was, speaking for the Court, emphasized that

aux cas où il n'y a absolument aucune preuve. Bien que cela semble fournir une norme simple et bien définie, je crois néanmoins que, dans ce contexte, l'expression «aucune preuve» ne doit pas être interprétée littéralement comme signifiant une absence totale de preuve, mais doit plutôt s'entendre d'aucune preuve susceptible de justifier une déclaration de culpabilité.

L'opinion dissidente du juge de Grandpré dans l'arrêt *Paul* nous éclaire peut-être le mieux sur le sens spécial de l'expression «aucune preuve». Dans cette affaire, le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a ordonné un nouveau procès, renversant ainsi un verdict imposé d'acquiescement d'une accusation de possession de marchandises qu'on savait avoir été volées. Il dit, à la p. 189, qu'à son avis les faits reconnus sont tels qu'un jury, après avoir reçu des directives appropriées, aurait pu raisonnablement déduire que les [marchandises] étaient à cet endroit parce que quelqu'un les avait volé[s]. Le juge de Grandpré (aux motifs duquel ont souscrit le juge en chef Laskin et le juge Spence) ne partageait pas cette opinion. Il estimait qu'il y avait absence de preuve de deux des éléments essentiels de l'infraction en cause. Dans ses motifs, le juge de Grandpré écrit, aux pp. 185 et 186:

Il ne fait aucun doute que sur une motion de non-lieu, l'accusé ne peut être libéré que s'il y a absence de preuve. Il suffit de relire à ce sujet ce que disait M. le juge Pigeon dans l'arrêt *R. c. Kyling*, [1970] R.C.S. 953, à la p. 956:

Comme le souligne M. le juge Pigeon, les principes pertinents ont été discutés plus amplement dans les affaires *Morabito* et *Feeley* et je fais miens les motifs exprimés dans ces arrêts.

Toutefois, l'expression «absence de preuve» ne veut pas dire que la motion de non-lieu doive être renvoyée chaque fois qu'il y a un iota de preuve, si peu convaincant soit-il. Au contraire, une lecture attentive de l'arrêt *Feeley* précité démontre qu'il y avait là quelques iotas de preuve. Les appelants avaient été acquittés en première instance sur motion de non-lieu et la Cour d'appel avait mis de côté cet acquiescement et ordonné un nouveau procès. Notre Cour à l'unanimité rétablit le jugement d'acquiescement en faveur de trois des quatre appelants. Par la voix de M. le juge Cartwright, tel qu'il était alors, cette Cour souligne que les divers éléments de preuve

the various aspects of the evidence "taken together, are insufficient to make out a *prima facie* case" (p. 64).

(Emphasis added.)

In de Grandpré J.'s view the Court of Appeal had not only applied the correct principles of law but had also correctly concluded that the evidence submitted by the Crown met the "absence of evidence" standard.

The division of views in *Paul* in a sense highlights the area in which a trial judge can legitimately impose his or her assessment of the evidence on the trier of fact. As in *Comba* the crucial evidence in *Paul* was circumstantial. The minority found that it failed to establish any direct link between the goods in question and a theft. Ritchie J. for the majority thought that the facts were such that one could infer they had been stolen. He stated at pp. 191-92:

As I have indicated, however, I do not think that the judgment of Sir Lyman Duff in the *Comba Case*, *supra*, in which he reiterates the rule in *Hodge's Case* has any application to the circumstances here disclosed. I am rather of opinion, as indicated by Mr. Justice Pigeon in *R. v. Kyling*, [1970] S.C.R. 953 at p. 957, that the true test to be applied before granting a nonsuit is whether the Crown evidence gives rise merely to a suspicion or whether it is such as to justify the drawing of an inference.

(Emphasis added.)

Thus, in a sense, what was a "mere suspicion" for the minority was a "valid inference" for the majority. This debate over the line between suspicion and inference is likely to appear in any case in which circumstantial evidence of an essential element of the offence is dubious. However, even where the critical link is purported to be established by direct evidence, it can, in my view, be withheld from the jury only at that same point, *i.e.*, where the evidence approaches a similar level of extreme dubiousness or insufficiency in the sense of simply raising a suspicion or a conjecture of guilt and no more.

[TRADUCTION] «pris ensemble, sont insuffisants pour en faire une affaire qui, de prime abord, paraît bien fondée» (à la p. 64).

^a (C'est moi qui souligne.)

^b Selon le juge de Grandpré, la Cour d'appel a non seulement appliqué les bons principes de droit, mais encore a eu raison de conclure que la preuve offerte par le ministère public satisfaisait à la norme de «l'absence de preuve».

^c Cette divergence d'opinions dans l'arrêt *Paul* fait en un sens ressortir les paramètres à l'intérieur desquels le juge du procès peut légitimement imposer son évaluation de la preuve au juge des faits. Tout comme dans l'affaire *Comba*, la preuve décisive dans l'affaire *Paul* était indirecte. Les juges formant la minorité ont jugé qu'elle n'établissait ^d pas de lien direct entre les marchandises en cause et un vol. Le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la majorité, a estimé que les faits permettaient de déduire qu'elles avaient été volées. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 191 et 192:

^e Cependant, comme je l'ai indiqué, je ne crois pas que le jugement de Sir Lyman Duff dans l'affaire *Comba*, précitée, où il réitère la règle formulée dans l'affaire *Hodge*, puisse s'appliquer ici. Je suis plutôt d'avis comme l'était mon collègue le juge Pigeon dans *R. c. Kyling*, [1970] R.C.S. 953, à la p. 957, qu'avant d'accorder une requête de non-lieu, il faut d'abord déterminer si la preuve du ministère public ne fait simplement qu'éveiller un soupçon ou si elle justifie une déduction.

^g (C'est moi qui souligne.)

^h Ainsi, en un sens, ce qui n'était qu'un «simple soupçon» aux yeux de la minorité, était une «déduction justifiée» pour la majorité. Ce débat sur la ligne de démarcation entre le soupçon et la déduction risque de réapparaître dans toute affaire où la preuve indirecte d'un élément essentiel de l'infraction est douteuse. Toutefois, même lorsque ⁱ ce lien décisif est apparemment établi au moyen d'une preuve directe, on ne peut, à mon avis, en dessaisir le jury qu'à ce même point, *c.-à-d.*, lorsque la preuve atteint presque un niveau semblable de doute extrême ou d'insuffisance extrême, en ce sens qu'elle ne soulève qu'un simple soupçon ou ^j une simple hypothèse de culpabilité et rien de plus.

The traditional formulation of the test for a directed verdict also suggests that the "absence of evidence" standard is not meant to be interpreted in literal terms. In *Feeley v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 59, Cartwright J. (as he then was) for the Court summarized the applicable principles as follows at pp. 60-61:

It is common ground that had the learned Magistrate refused the motion the appellants would have had the right to call evidence for the defence if so advised and counsel for the respondent submits that the decision of this Court in *The King v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172, establishes (i) that at that stage it was open to the learned Magistrate to dismiss the charge unless there was no evidence on which, had the trial been before a jury, a properly instructed jury, acting reasonably, might have convicted the accused, and (ii) that whether or not there was such evidence is "a question of law alone" within the meaning of s. 1013(4) of the *Code*. I agree with this submission.

Cartwright J.'s qualification of the appropriate standard in terms of whether a properly instructed jury might convict appears throughout the jurisprudence and is reflected by Ritchie J. in *Shephard*. Indeed, the link made by Ritchie J. in *Shephard* between the test for a directed verdict and that for sufficiency of evidence under s. 475 of the *Criminal Code* supports the notion that "no evidence" represents a degree of quality rather than an absence of any evidence, good or bad. In addition, Ritchie J. in the course of his reasons gives some indication of the point at which poor quality evidence reaches that degree of extreme insufficiency. His implicit approval of the refusal to issue a warrant for extradition in *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1973] F.C. 1206, provides a concrete illustration of identification evidence which is so dubious that a properly instructed jury could not reasonably convict. In that case, Thurlow J. (as he then was) of the Federal Court of Appeal described the evidence in question as follows at p. 1214:

La formulation traditionnelle du critère applicable en matière de verdict imposé laisse entendre aussi que la norme de l'«absence de preuve» ne doit pas être interprétée littéralement. Dans l'arrêt *a Feeley v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 59, le juge Cartwright (alors juge puîné), s'exprimant au nom de la Cour, résume ainsi les principes applicables, aux pp. 60 et 61:

[TRADUCTION] Il est reconnu que si le savant magistrat avait rejeté la requête, les appelants auraient alors eu le droit de faire une preuve pour la défense, s'ils l'avaient cru utile, et l'avocat de l'intimée prétend que la décision de cette Cour dans *Le Roi c. Morabito*, [1949] R.C.S. 172, établit (i) qu'à ce stade, il n'était pas permis au savant magistrat de rendre une ordonnance de non-lieu sauf s'il n'y avait aucune preuve en fonction de laquelle un jury, ayant reçu les directives appropriées et agissant raisonnablement, aurait pu déclarer l'accusé coupable, si le procès s'était déroulé devant un jury, et (ii) que l'existence ou l'inexistence d'une telle preuve est «une simple question de droit» aux termes du par. 1013(4) du *Code*. Je suis d'accord avec cette prétention.

La réserve dont le juge Cartwright assortit la norme applicable, en ce sens qu'il s'agit de déterminer si un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure à la culpabilité, se retrouve dans toute la jurisprudence et ressort de l'opinion du juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard*. En fait, le lien qu'y fait le juge Ritchie entre le critère applicable en matière de verdict imposé et celui relatif à la suffisance de la preuve en vertu de l'art. 475 du *Code criminel*, appuie l'idée que l'expression «aucune preuve» représente un degré de qualité plutôt qu'une absence totale de preuve bonne ou mauvaise. En outre, le juge Ritchie donne, dans ses motifs, certaines indications quant au moment où une preuve de piètre qualité atteint ce degré d'insuffisance extrême. Son approbation implicite du refus de décerner le mandat d'extradition dans l'affaire *L'État portoricain c. Hernandez*, [1973] C.F. 1206, fournit une illustration concrète d'une preuve d'identification tellement douteuse qu'un jury ayant reçu des directives appropriées ne pourrait pas raisonnablement conclure à la culpabilité. Dans cette affaire, le juge Thurlow (alors juge puîné) de la Cour d'appel fédérale donne de la preuve en cause la description suivante, à la p. 1214:

Indeed, I find it inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence as a purported identification made a year after the event by a person who did not previously know the accused and whose only opportunity to observe him was a fleeting one from a distance of some sixty feet, if indeed he ever got that close. The evidence of the witness having selected the respondent's identification card is not in itself evidence implicating the respondent, and in the circumstances as described it tends to weaken rather than to strengthen the identification made by Atilano at the hearing ... Nor was there anything else to implicate the respondent or corroborate such identification.

Unlike my colleague, Lamer J., I do not think that the extension of the absence of evidence standard implicit in the test of whether a properly instructed jury might convict vests in the trial judge an unbounded discretion over the qualitative aspects of evidence. The use of the terms "no evidence" and "absence of evidence" at the very least imports a notion of constraint and stringency into the standard. However, I do agree with my colleague that Sir Lyman Duff C.J.'s direction in *Comba* with regard to the dubious nature of the evidence does not create a test of dubiousness which is separate and distinct from the test in *Shephard*. In my view *Comba* and *Shephard* are consistent with one another. Certainly this was the view of Ritchie J. in *Shephard*. He remarked on *Comba* at pp. 1081-82 as follows:

It is to be observed that there was no suggestion in the *Comba* case that any of the evidence called by the Crown was either tainted or unreliable. It came from witnesses whose integrity was at no time put in question and who testified as to a variety of circumstances which had excited enough suspicion against the accused to occasion his arrest and trial but which taken together did not establish his guilt in accordance with the accepted standards of proof in such cases which are described by Duff C.J. ...

Ritchie J. then quotes Sir Lyman Duff C.J.'s formulation of the rule in *Hodge's Case*. As mentioned earlier, this causes some confusion over

De plus, je trouve inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue que cette prétendue identification qui a eu lieu un an après l'événement et qui a été effectuée par une personne qui ne connaissait pas l'accusé auparavant et qui, de plus, n'a eu l'occasion de le voir qu'au moment où il s'enfuyait et ce à une distance d'à peu près soixante pieds; si-tant est qu'il s'en soit approché d'aussi près. Que le témoin ait choisi la carte d'identité de l'intimé ne prouve pas en soi que l'intimé était mêlé à l'affaire. Je dirais même que, vu les circonstances telles que décrites, cet élément tend à affaiblir plus qu'à renforcer la force probante de l'identification faite à l'audience par Atilano ... Aucune autre preuve n'a été présentée tendant à impliquer l'intimé ou à corroborer cette identification.

Contrairement à mon collègue le juge Lamer, je ne pense pas que l'élargissement de la norme de l'absence de preuve, implicite dans le critère consistant à déterminer si un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure à la culpabilité, confère au juge du procès un pouvoir discrétionnaire illimité sur les aspects qualitatifs de la preuve offerte. Le recours aux expressions «aucune preuve» et «absence de preuve» a pour effet à tout le moins d'assortir la norme d'une idée de contrainte et de rigueur. Cependant, je suis d'accord avec mon collègue pour dire que la directive du juge en chef sir Lyman Duff, dans l'arrêt *Comba*, quant à la nature douteuse de la preuve, ne crée pas un critère du caractère douteux séparé et distinct du critère de l'arrêt *Shephard*. À mon sens, les arrêts *Comba* et *Shephard* sont compatibles. C'était là certainement l'avis du juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard*. Voici ce qu'il fait observer concernant l'arrêt *Comba*, aux pp. 1081 et 1082:

Soulignons que dans l'affaire *Comba*, on n'a pas prétendu que la preuve soumise par le ministère public était viciée ou douteuse. L'intégrité des témoins n'a jamais été mise en doute; ils ont déposé sur divers faits qui faisaient peser suffisamment de soupçons sur l'accusé pour justifier son arrestation et son procès, mais qui, pris globalement, n'établissaient pas sa culpabilité conformément aux critères reconnus en matière de preuve dans les cas que le juge en chef Duff décrit ...

Le juge Ritchie cite ensuite la formulation que donne le juge en chef sir Lyman Duff de la règle établie dans l'affaire *Hodge*. Comme je l'ai dit

whether *Comba* imported the reasonable doubt standard into the test for a directed verdict in cases based on circumstantial evidence. In light of this Court's position in *Paul* and in *Lavoie*, it is my view that Ritchie J. in *Shephard* was using *Comba* simply to illustrate his point that poor quality evidence which merely raises a suspicion may legitimately be withheld from the jury in contradistinction to evidence that is poor in the sense of lacking in credibility. The question then is what content is to be given to Sir Lyman Duff C.J.'s concept of dubiousness or to Ritchie J.'s concept of a proper and reasonable basis for conviction. Can the content be articulated in a way that is useful without being overly cumbersome and inflexible?

In the case at bar, Hall J.A. proposed the *Comba* test of dubiousness as an alternative to Lord Widgery C.J.'s direction in *Turnbull* which had been relied on by the trial judge. Again, I do not think that the controversy in this case stems from competing judicial tests. Apart from the question of Lord Widgery C.J.'s requirement of corroboration for poor quality evidence which does not arise here, I do not think there is such inconsistency between *Turnbull* and *Shephard* that they must be viewed as imposing different standards. In fact, *Turnbull* makes it quite clear that what is usually required in cases which turn on eyewitness testimony is a direction to the jury as to the inherent frailty of identification evidence coupled with an instruction to consider carefully the conditions under which the identification is made. Lord Widgery C.J. elaborated on the caution to be given as follows at p. 552:

Secondly, the judge should direct the jury to examine closely the circumstances in which the identification by each witness came to be made. How long did the witness have the accused under observation? At what distance?

précédemment, c'est là une source de confusion quant à savoir si l'arrêt *Comba* a assorti de la norme du doute raisonnable le critère applicable en matière de verdict imposé dans les affaires où la preuve offerte est indirecte. Compte tenu de la position de cette Cour dans les arrêts *Paul* et *Lavoie*, je suis d'avis que le juge Ritchie, dans l'arrêt *Shephard*, a eu recours à l'arrêt *Comba* simplement pour illustrer son point de vue qu'on peut à bon droit ne pas soumettre à l'appréciation du jury une preuve de piètre qualité qui ne fait que soulever des soupçons, par opposition à une preuve qui est faible en ce sens qu'elle est peu digne de foi. Donc, la question qui se pose est celle du contenu qu'il faut donner au concept du caractère douteux formulé par le juge en chef sir Lyman Duff, ou au concept du motif régulier et raisonnable justifiant une déclaration de culpabilité, formulé par le juge Ritchie. Peut-on définir ce contenu d'une manière qui soit utile sans être inutilement lourde et rigide?

En l'espèce, le juge Hall de la Cour d'appel a proposé d'utiliser le critère du caractère douteux formulé dans l'arrêt *Comba* plutôt que la directive du juge en chef lord Widgery, dans l'arrêt *Turnbull*, sur laquelle s'était fondé le juge du procès. Ici encore, je ne pense pas que la controverse en l'espèce découle de critères judiciaires contradictoires. Mise à part la question de la corroboration que requiert le juge en chef lord Widgery dans le cas d'une preuve de piètre qualité, question qui ne se pose pas en l'espèce, je ne pense pas que les arrêts *Turnbull* et *Shephard* soient incompatibles au point de devoir considérer qu'ils imposent des normes différentes. En fait, l'arrêt *Turnbull* dit clairement que ce qui est habituellement nécessaire dans des affaires qui reposent sur la déposition de témoins oculaires, c'est une directive au jury quant à la faiblesse inhérente de la preuve d'identification, assortie de l'instruction d'examiner soigneusement les conditions dans lesquelles l'identification a été faite. À la page 552, le juge en chef lord Widgery donne des détails sur la mise en garde qu'il faut alors donner:

[TRADUCTION] Deuxièmement, le juge doit donner comme directive au jury d'examiner soigneusement les circonstances dans lesquelles chaque témoin a procédé à l'identification. De combien de temps le témoin a-t-il

In what light? Was the observation impeded in any way, as for example by passing traffic or a press of people? Had the witness ever seen the accused before? How often? If only occasionally, had he any special reason for remembering the accused? How long elapsed between the original observation and the subsequent identification to the police? Was there any material discrepancy between the description of the accused given to the police by the witness when first seen by them and his actual appearance?

One can deduce from this catalogue of impediments to accuracy that observations made under less than ideal conditions by witnesses can nevertheless be put to the jury. This is consistent with the *Shephard* formulation of the test.

After giving several examples of good quality evidence, Lord Widgery C.J. went on to suggest at p. 553 that where the quality is poor "as for example when it depends solely on a fleeting glance or on a longer observation made in difficult conditions", the trial judge should withdraw the case from the jury and direct a verdict of acquittal. Thus, at some point the adverse conditions for observation cannot be cured by a caution. Again this is consistent with Ritchie J.'s implicit approval of *Hernandez*. Unfortunately, Lord Widgery C.J. does not indicate, and it is perhaps impossible to do so, when the borderline is crossed. No one would take issue with the "fleeting glance" test; it represents the extreme of frailty which cannot be cured by a caution. The real difficulty is with "a longer observation made in difficult conditions". In this sense *Turnbull* is more significant for what it does not lay down. If it sets out any principle with regard to the test for a directed verdict, it is the principle that the quality of a witness' identification is directly related to the extent of the witness' opportunity for observation. However, *Turnbull* offers no workable criteria for determining when conditions are so difficult that an eyewitness' testimony should not be relied on or, in the language of the Canadian cases, when valid inferences become mere suspicions. The only guidance

disposé pour observer le prévenu? À quelle distance? Sous quel éclairage? Y avait-il quelque obstacle à sa vue, comme par exemple la circulation automobile ou une foule? Le témoin avait-il déjà vu le prévenu? À combien de reprises? Si ce n'était qu'à quelques occasions, avait-il des raisons particulières de se souvenir du prévenu? Combien de temps s'est-il écoulé entre le moment de cette première observation et l'identification subséquente en présence des policiers? Y avait-il des divergences importantes entre la description donnée du prévenu par le témoin aux agents de police la première fois et son aspect physique véritable?

On peut déduire de cette liste d'entraves à la précision que les observations des témoins qui ne sont pas faites dans des conditions idéales peuvent néanmoins être soumises à l'appréciation du jury. Cela est conforme à la formulation du critère que donne l'arrêt *Shephard*.

Après avoir donné plusieurs exemples d'une preuve de bonne qualité, le juge en chef lord Widgery laisse entendre, à la p. 553, que lorsque la preuve est de piètre qualité [TRADUCTION] «comme par exemple lorsqu'elle dépend uniquement d'une vision momentanée ou d'une observation plus longue faite dans des conditions difficiles», le juge du procès devrait dessaisir le jury et imposer un verdict d'acquiescement. Ainsi, jusqu'à un certain point, une mise en garde ne peut pas remédier à des conditions d'observation défavorables. Encore une fois, cela est compatible avec l'approbation implicite par le juge Ritchie de l'arrêt *Hernandez*. Malheureusement, le juge en chef lord Widgery n'indique pas, et peut-être est-il impossible de le faire, où se situe la ligne de démarcation. Personne ne contestera le critère de la «vision momentanée»; il représente une faiblesse de preuve extrême, à laquelle ne saurait remédier une mise en garde. La véritable difficulté surgit dans le cas «d'une observation plus longue faite dans des conditions difficiles». En ce sens, l'arrêt *Turnbull* est plus éloquent par ce qu'il ne dit pas. S'il énonce quelque principe en ce qui concerne le critère applicable en matière de verdict imposé, c'est celui portant que la qualité de l'identification par un témoin est liée directement à la mesure dans laquelle le témoin a pu faire une observation.

Turnbull gives is on the actual fact situation in *Turnbull* itself and in the accompanying appeals.

The fact situation in *Turnbull* is by and large unhelpful as the challenged evidence was recognition evidence and was supported by ample additional evidence. Accordingly, it passed Lord Widgery C.J.'s test and was found to have been properly put to the jury. In the other two appeals dealt with by the Court at the same time the convictions were quashed. However, they involved significantly worse conditions of observation than those in the present case and in this respect resemble the evidentiary basis in *Hernandez*. In *R. v. Roberts* the assailant was a stranger to the complainant, the attack was over in a few moments, the place of the attack was dark except for the flashing lights of the dance hall, the accused's subsequent conduct was consistent with his denial of guilt and there were significant contradictions in the descriptions of the identifying witnesses. In *R. v. Whitby* the identifications were of a man in a balaclava who had been seen for a short time during a robbery. One witness had seen him from the rear only; the other witness gave a completely inconsistent description before picking the accused out of a line-up. There is very little one can point to in either of these cases which would redeem the obvious untrustworthiness of the identification evidence. Together with *Comba* and *Hernandez* they serve to delineate the line beyond which it would be improper in law to put the question of guilt or innocence to the jury. The case at hand requires that one delineate the opposite boundary, namely that beyond which it would be improper in law to withhold the question of culpability from the jury. I agree that within these broad parameters deference should in general be paid to the decision of the trial judge. Although the cases continually assert that whether there is an "absence of evidence" is a question of law upon which either party can appeal, this does not mean that the reviewing court should automatically intervene

Cependant, l'arrêt *Turnbull* n'offre aucun critère pratique permettant de déterminer dans quels cas ces conditions ont été difficiles au point qu'on ne doit pas se fier à la déposition d'un témoin oculaire ou, pour reprendre les termes de la jurisprudence canadienne, dans quels cas des déductions justifiées deviennent de simples soupçons. Le seul guide qu'offre l'arrêt *Turnbull* concerne les faits en cause dans cette affaire et dans les appels qui l'ont entourée.

Les faits de l'affaire *Turnbull* ne nous sont guère utiles puisque la preuve contestée consistait en la preuve qu'on avait reconnu le prévenu, preuve amplement étayée par d'autres éléments de preuve. En conséquence, elle répondait au critère du juge en chef lord Widgery et on a jugé qu'elle avait été soumise à bon droit à l'appréciation du jury. Dans les deux autres appels dont la cour avait été saisie en même temps, les déclarations de culpabilité ont été annulées. Cependant, les conditions d'observation y étaient beaucoup plus mauvaises que celles de la présente espèce et, à cet égard, elles ressemblent au fondement probatoire de l'arrêt *Hernandez*. Dans l'affaire *R. v. Roberts*, la plaignante ne connaissait pas son agresseur, l'agression n'avait duré que quelques instants, sous l'unique éclairage intermittent de la salle de danse, le comportement subséquent du prévenu était compatible avec sa dénégation de culpabilité et il y avait des contradictions importantes dans la description que les témoins avaient donnée de l'agresseur. Dans l'affaire *R. v. Whitby*, les identifications données concernaient un homme portant un passe-montagne, aperçu pendant un court laps de temps au cours d'un vol qualifié. L'un des témoins ne l'avait vu que de dos; l'autre avait donné une description totalement incompatible avant de désigner le prévenu au cours d'une séance d'identification. Il y a vraiment peu de chose que l'on puisse invoquer dans l'une ou l'autre de ces affaires, qui soit susceptible de remédier au caractère douteux évident de cette preuve d'identification. Avec les arrêts *Comba* et *Hernandez*, ces décisions servent à tracer la limite au delà de laquelle il serait de mauvais droit de soumettre à l'appréciation du jury la question de la culpabilité ou de l'innocence. La présente espèce exige que l'on trace la limite opposée, savoir celle au delà de laquelle il serait de mauvais droit de ne pas soumettre à l'appréciation du jury la question de la culpabilité. Je conviens

whenever it disagrees with the trial judge's assessment. However, unlike Lamer J., I do not believe that Wright J.'s assessment of the complainant's initial identification evidence falls within that area of deference.

It seems to me that *Turnbull* provides some useful guidance on how to delineate the line between suspicion and inference and fill the analytic gap left by Lord Widgery C.J.'s reference to "difficult conditions". One can infer from the kinds of considerations enumerated in that case as going to the quality of identification evidence that, at the very least, the trial judge should address his or her mind to the same kind of considerations in determining whether or not to direct a verdict. In addition, it would seem to follow that where the frailties in the evidence can be remedied by a caution, the judge should leave the matter to the jury. (This, indeed, is the ultimate test; can the frailties be remedied by an appropriate caution? It is not, in my view, good enough for a trial judge to make a finding as to the quality of the evidence. He must go on to determine whether the adverse conditions for observation can be taken care of by an appropriate caution. If they can, then Ritchie J.'s test of sufficiency in *Shephard* can be met, i.e., there is "evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty" (p. 1080).

I do not mean to suggest that the trial judge should in every case be held to a rigid tabulation of the factors listed in *Turnbull*. A mechanical test would not reflect the infinite particularity of possible fact situations. The *Turnbull* caution does, however, identify a number of factors which can clearly affect the quality of eyewitness evidence:

qu'à l'intérieur de ces larges paramètres on devrait en général respecter la décision du juge du procès. Même si la jurisprudence continue d'affirmer que la question de savoir s'il y a «absence de preuve»
 a est une question de droit dont l'une ou l'autre partie peut interjeter appel, cela ne veut pas dire que le tribunal d'examen doit automatiquement intervenir chaque fois qu'il est en désaccord avec l'évaluation du juge du procès. Toutefois, contrairement
 b au juge Lamer, je ne crois pas que l'évaluation par le juge Wright de la preuve d'identification initiale de la plaignante se situe à l'intérieur de ces paramètres où il faut respecter la décision du juge.
 c

Il me semble que l'arrêt *Turnbull* peut servir de guide utile pour ce qui est de tracer la ligne de démarcation entre un soupçon et une déduction et de combler la lacune analytique créée par le juge
 d en chef lord Widgery quand il a parlé de [TRAN- D UCTION] «conditions difficiles». On peut déduire du genre de facteurs énumérés dans cette affaire comme influant sur la qualité de la preuve d'identification
 e que le juge du procès doit tout au moins tenir compte du même genre de facteurs en décidant s'il doit imposer ou non un verdict. En outre, il semblerait s'ensuivre que, lorsque les faiblesses de la preuve peuvent être corrigées par une mise en garde, le juge doit soumettre l'affaire à l'appréciation du jury. C'est là, en vérité, le critère ultime; une mise en garde appropriée peut-elle remédier
 f aux faiblesses? Il ne suffit pas, à mon avis, que le juge du procès statue sur la qualité de la preuve. Il doit déterminer en outre si on peut remédier aux conditions d'observation défavorables par une mise
 g en garde appropriée. S'il est possible de le faire, alors le critère de suffisance de la preuve énoncé par le juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard* peut être
 h satisfait, c.-à-d. qu'il existe «des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité» (p. 1080).
 i

Je ne veux pas laisser entendre que le juge du procès doit dans chaque cas s'en tenir à une classification rigide des facteurs énumérés dans l'arrêt
 j *Turnbull*. Un critère automatique ne refléterait pas les particularités infinies que peuvent offrir toutes les situations de fait possibles. La mise en garde de l'arrêt *Turnbull* identifie cependant un

length of observation, distance, light, obstructions to view, recognition, time between original observation and subsequent description to the police and discrepancies between that description and the accused's appearance. No doubt there are many more. The consistency in the witness' descriptions (relevant in this case), his or her degree of attention and awareness at the time of the crime, and the witness' reaction at subsequent encounters with the accused (also relevant in this case) are some that come readily to mind.

In the present case the evidence, apart from the suggestiveness of the courtroom identification, is dubious with regard to only two of the *Turnbull* factors, namely the poor lighting during most of the encounter and the fact that the assailant was a stranger to the complainant. These factors will be present in a large number of rape cases. I agree with Matas J.A. that we have to have regard to the realities of this particular offence. Wright J. seemed especially concerned by the lack of lighting. Admittedly in some circumstances, such as total darkness or the use of masks, a single factor by itself may require a directed verdict. However, it is clear from the *Turnbull* caution that imperfect or partial lighting does not always undermine accuracy. In my view, the question of whether or not it did so in this case should have been left to the jury. The complainant's first impression occurred under streetlights. The ensuing twenty minutes or so were in the dark but at close contact. The witness was fairly self-possessed a few hours later and was able at that point to give a general but coherent description. Her subsequent descriptions including the police portrait were for the most part consistent with that first description. In addition, she visibly reacted when later shown the accused in the course of a courtroom identification.

certain nombre de facteurs qui peuvent clairement influencer sur la qualité de la déposition d'un témoin oculaire: la durée de l'observation, la distance, l'éclairage, les obstacles à la vue, le fait de reconnaître quelqu'un, le temps écoulé entre la première observation et la description donnée ultérieurement aux policiers et les divergences entre cette description et l'aspect physique du prévenu. Il ne fait pas de doute qu'il en existe beaucoup d'autres. La cohérence des descriptions données par le témoin (importante en l'espèce), le degré d'attention qu'il ou elle a porté à l'agresseur et sa lucidité au moment du crime, sa réaction lors des confrontations subséquentes avec le prévenu (importante aussi en l'espèce) en sont quelques-uns qui nous viennent tout de suite à l'esprit.

En l'espèce, la preuve, mise à part la suggestivité de l'identification en salle d'audience, est douteuse à l'égard de seulement deux des facteurs de l'arrêt *Turnbull*, savoir le mauvais éclairage pendant une grande partie du temps qu'a duré l'agression et le fait que la plaignante ne connaissait pas son agresseur. Ces facteurs se retrouvent dans un bon nombre de cas de viol. Je suis d'accord avec le juge Matas pour dire que nous devons tenir compte des réalités entourant cette infraction particulière. Le juge Wright a semblé particulièrement préoccupé par l'absence d'éclairage. Certes, dans certaines circonstances, comme par exemple lorsque le tout s'est déroulé en pleine obscurité ou lorsqu'il y a eu utilisation d'un masque, un seul facteur peut en soi exiger un verdict imposé. Cependant, la mise en garde de l'arrêt *Turnbull* montre clairement qu'un éclairage imparfait ou partiel n'a pas toujours pour effet de miner la précision. À mon avis, il aurait fallu laisser au jury le soin de décider si cela a été le cas en l'espèce. La première impression de la plaignante s'est produite sous l'éclairage de la rue. Ils ont passé les quelque 20 minutes qui ont suivi dans l'obscurité, mais en étant tout près l'un de l'autre. Le témoin, qui avait passablement conservé toute sa présence d'esprit quelques heures plus tard, a été en mesure à ce moment-là de donner une description générale mais cohérente. Ses descriptions subséquentes, y compris le portrait-robot de la police, étaient en grande partie compatibles avec sa première description. En outre, elle a visiblement réagi lorsqu'elle a aperçu ultérieurement l'accusé, au cours d'une identification en salle d'audience.

In sum, except for the fact that her assailant was a stranger, the darkness behind the CN sheds, and several minor inconsistencies with regard to the length of hair and the fabric and length of the coat, the complainant's identification was detailed and coherent. It would be surprising indeed if such evidence was relegated to the category of mere suspicion and conjecture. The trial judge correctly focussed on the lighting as the crucial factor in relation to accuracy. However, I think that any weakness generated by the partially lit conditions was well within the ability of the jury to handle sensibly in combination with an appropriate caution. Any other interpretation would be inconsistent with the scope and purpose of Lord Widgery C.J.'s comparatively detailed direction in this regard and with the stringency of the absence of evidence standard which underlies Ritchie J.'s test in *Shephard*. It follows that Wright J. could not have directed himself to these considerations and in particular to the question of whether the dubiousness generated by the poor lighting could be adequately addressed in a strongly worded caution. Thus, whether one regards Wright J.'s decision as flowing from a misunderstanding of *Turnbull* or as a failure to apply *Shephard*, the conclusion seems inescapable that he committed an error of law in directing a verdict of acquittal on the basis solely of the quality of the initial identification evidence.

3. The Effect of Improper Police Procedures

I have considered Wright J.'s assessment of the complainant's initial identification evidence in isolation from the issue of the possible detrimental impact on it of the subsequent improper police procedures. In practice, one could consider all the factors going to quality of the evidence together and only then apply the *Shephard* test with regard to the capacity of a properly instructed jury to convict on it. This was the approach taken by Matas J.A. For purposes of the present discussion

En somme, si ce n'est le fait que son agresseur lui était étranger et hormis l'obscurité qui régnait derrière les hangars du CN et plusieurs contradictions mineures quant à la longueur des cheveux et à la nature du matériel et à la longueur du manteau, l'identification faite par la plaignante est détaillée et cohérente. Il serait étonnant en vérité si de telles preuves étaient reléguées à la catégorie des simples conjectures et soupçons. Le juge du procès a insisté à bon droit sur l'éclairage comme étant le facteur décisif au chapitre de la précision. Mais je pense que le jury avait la capacité d'apprécier judicieusement toute faiblesse due aux mauvaises conditions d'éclairage, après avoir reçu une mise en garde appropriée. Toute autre interprétation serait incompatible avec la portée et l'objet de la directive relativement détaillée que le juge en chef lord Widgery a donnée à cet égard, et avec la rigueur de la norme d'absence de preuve qui sous-tend le critère énoncé par le juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard*. Il s'ensuit qu'il n'est guère possible que le juge Wright ait considéré ces facteurs et en particulier la question de savoir si le caractère douteux suscité par le mauvais éclairage pouvait être abordée adéquatement dans une forte mise en garde. Ainsi, que l'on considère que la décision du juge Wright découle d'une mauvaise compréhension de l'arrêt *Turnbull* ou du fait que l'arrêt *Shephard* n'a pas été appliqué, il faut semble-t-il conclure qu'il a commis une erreur de droit en imposant un verdict d'acquiescement en fonction uniquement de la qualité de la preuve d'identification initiale.

3. L'effet des procédures irrégulières de la police

J'ai étudié l'évaluation qu'a faite le juge Wright de la preuve d'identification initiale de la plaignante indépendamment de la question de l'effet préjudiciable qu'ont pu avoir sur celle-ci les procédures irrégulières utilisées subséquentement par la police. En pratique, on pourrait étudier ensemble tous les facteurs influant sur la qualité de la preuve et, ensuite seulement, appliquer le critère de l'arrêt *Shephard* concernant la capacité d'un jury ayant reçu les directives appropriées de pro-

I think it is helpful to proceed in two stages in order to clarify the considerations which are appropriate on a motion for a directed verdict. It will also be more efficient in a case such as this to take a two-step approach. Where the quality of a complainant's initial identification is so unreliable, *e.g.* the fleeting glance, that even with a strongly worded caution from the judge it could not support a verdict of guilt, there would be no need to go on to consider the impact of subsequent improper police procedures. However, where as in the present appeal, the initial identification evidence meets the test of sufficiency, the trial judge must, in my opinion, go on to the second stage and consider the impact on that evidence of the subsequent police procedures.

The details of the line-up procedure employed in the present appeal were summarized by Matas J.A. and are reproduced in my colleague's reasons. Several features of it are relevant to the quality of the identification. Rather than place the accused in an identification parade the police brought the complainant to view a number of prisoners as they were brought into court. Mr. Mezzo was among them. There is no indication that this procedure was adopted because of the accused's refusal to participate in a proper parade or by urgency. The complainant knew the police had a suspect in custody. She reacted visibly when she saw Mr. Mezzo but, because her view was obstructed by the sheriff, she said that although Mr. Mezzo looked like the man she could not be certain. In addition, the police were unable to say whether Mr. Mezzo's name had been called, the charge read, or whether any of the other prisoners called at the same time looked like Mr. Mezzo. The problems in terms of evidential quality inherent in this first attempt to have the complainant identify her assailant are fairly obvious.

noncer un verdict de culpabilité sur ce fondement. C'est là le point de vue adopté par le juge Matas. Pour les fins de la présente analyse, je pense qu'il est utile de procéder en deux étapes afin de clarifier les points qu'il faut prendre en considération dans le cas d'une requête en obtention d'un verdict imposé. Il est aussi plus efficace dans un cas comme celui-ci de procéder en deux étapes. Lorsque la qualité de l'identification initiale de la plaignante est si peu digne de foi, comme par exemple dans le cas de la vision momentanée, que même une forte mise en garde de la part du juge ne saurait justifier un verdict de culpabilité, il n'est pas nécessaire de passer à l'examen de l'effet qu'ont pu avoir les procédures irrégulières utilisées subséquemment par la police. Toutefois, lorsque, comme c'est le cas dans le présent pourvoi, la preuve d'identification initiale satisfait au critère de la suffisance, le juge du procès doit, à mon avis, passer à la seconde étape et examiner l'effet qu'ont pu avoir sur cette preuve les procédures utilisées subséquemment par la police.

Les détails de la procédure d'identification utilisée en l'espèce ont été résumés par le juge Matas et sont reproduits dans les motifs de mon collègue. Plusieurs sont pertinents pour ce qui est de la qualité de l'identification. Plutôt que de procéder à une séance d'identification à laquelle participait l'accusé, les policiers ont amené la plaignante voir un certain nombre de détenus qui comparaissaient devant le tribunal. Monsieur Mezzo était parmi eux. Rien n'indique qu'on ait eu recours à cette procédure à cause du refus de l'accusé de participer à une séance d'identification régulière ou pour des motifs d'urgence. La plaignante savait que la police détenait un suspect. Elle a réagi de façon perceptible lorsqu'elle a aperçu M. Mezzo mais, comme sa vue était obstruée par l'huissier, elle a déclaré que, même si M. Mezzo ressemblait à l'homme recherché, elle ne pouvait être certaine que c'était lui. En outre, les policiers ont été incapables de dire si le nom de M. Mezzo avait été prononcé, l'accusation lue, ou si l'un ou l'autre des détenus comparaisant au même moment ressemblait à M. Mezzo. Les problèmes de qualité de la preuve, inhérents à cette première tentative d'identification par la plaignante de son agresseur sont assez manifestes.

Because of the complainant's uncertainty on this first line-up, a second courtroom viewing was arranged at which Mr. Mezzo's name was definitely called out. This time the complainant positively identified Mr. Mezzo as her assailant. Matas J.A. comments that "It is impossible to say if the complainant identified the accused on the second occasion only as the man she saw in court the first time or whether she was making a valid identification of the assailant" (p. 285). He went on to say that the problem is magnified when it is coupled with the other factors of suggestiveness and the absence of Crown evidence on the particulars of the line-up. Matas J.A. therefore agreed with the directed verdict of acquittal.

Both the trial judge and Matas J.A. rely on *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175 in their assessment of the impact of the line-up. The accused in that case was charged with attempting to pass a forged cheque by presenting it to a bank teller. When the teller asked for a registration card the accused searched his pockets and remarked that he must have left it in his car. He then walked out of the bank and did not return. Although the teller would not have taken any special care to observe the accused at the time of the transaction, the conditions for observation were very good. The police subsequently showed her a single photo of a suspect which she identified as the man. He was convicted. On appeal Laidlaw J.A. stated at p. 177:

In addition to such matters, and of the utmost importance, is the method used to recall or refresh the recollections of a witness who is to be relied upon to identify a person suspected of wrongdoing or who is under arrest. If a witness has no previous knowledge of the accused person so as to make him familiar with that person's appearance, the greatest care ought to be used to ensure the absolute independence and freedom of judgment of the witness. His recognition ought to proceed without suggestion, assistance or bias created directly or indirectly. Conversely, if the means employed to obtain evidence of identification involve any acts which might

En raison de l'incertitude de la plaignante au moment de cette première séance d'identification, une seconde séance en salle d'audience a été organisée, au cours de laquelle le nom de M. Mezzo a sans aucun doute été prononcé. Cette fois, la plaignante a formellement identifié M. Mezzo comme étant son agresseur. Le juge Matas fait observer que: [TRADUCTION] «Il est impossible de savoir si la plaignante, quand elle a identifié l'accusé la seconde fois, n'a fait qu'identifier l'homme qu'elle avait vu en cour la première fois, ou si elle procédait alors à une identification valide de son agresseur» (p. 285). Il ajoute que le problème se complique quand on y joint les autres facteurs de suggestivité et l'absence de preuve du ministère public concernant les détails de la séance d'identification. Le juge Matas s'est donc dit d'accord avec le verdict imposé d'acquittement.

Tant le juge du procès que le juge Matas s'appuient sur l'arrêt *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175, dans leur évaluation de l'effet de la séance d'identification. Le prévenu, dans cette affaire, était inculpé de tentative d'encaissement d'un faux chèque qu'il avait présenté à cette fin à une caissière de banque. Lorsque la caissière lui a demandé sa carte d'immatriculation, le prévenu, après avoir fouillé dans ses poches, a fait observer qu'il l'avait sans doute laissée dans sa voiture, puis est sorti de la banque, sans jamais revenir. Même si la caissière n'avait pas observé le prévenu plus soigneusement que d'ordinaire au moment de l'incident, elle l'avait fait dans d'excellentes conditions. Plus tard, les policiers lui ont montré la photo d'un seul suspect qu'elle a identifié comme étant l'homme en question. Il a été reconnu coupable. En appel, le juge Laidlaw a affirmé, à la p. 177:

[TRADUCTION] En outre, ce qui a une extrême importance, c'est la méthode utilisée pour rafraîchir la mémoire du témoin sur lequel repose l'identification d'une personne soupçonnée d'une infraction ou mise en état d'arrestation. Si le témoin ne connaissait pas déjà l'accusé de manière à pouvoir en reconnaître les traits, il faut prendre le plus grand soin d'assurer l'indépendance et la liberté absolue de jugement du témoin. L'identification qu'il effectue doit se faire sans aide, ni suggestion, ni préjugé créé directement ou indirectement. Par contre, si les moyens utilisés pour obtenir la preuve d'identification comportent des actes qui pourraient rai-

reasonably prejudice the accused, the value of the evidence may be partially or wholly destroyed. Anything which tends to convey to a witness that a person is suspected by the authorities, or is charged with an offence, is obviously prejudicial and wrongful. Submitting a prisoner alone for scrutiny after arrest is unfair and unjust. Likewise, permitting a witness to see a single photograph of a suspected person or of a prisoner, after arrest and before scrutiny, can have no other effect, in my opinion, than one of prejudice to such a person.

Consequently, Laidlaw J.A. quashed the appellant's conviction, stating that the police procedures had rendered the teller's evidence valueless and, in the absence of any other evidence, "it would be unfair and unsafe to convict him" (p. 180).

The parallel to the facts of the present case is clear. Taken at its best we have here a fairly reliable initial identification followed by two improper and suggestive line-ups. However Laidlaw J.A.'s concern in *Smierciak*, *supra*, seems to be as much with prejudice to the accused as with the frailty of the complainant's evidence. He concludes that because of the prejudice arising from the police procedures it would be unfair and unsafe to convict. In contrast, it is the frailty of the evidence aspect that appears to have been foremost in the minds of both the trial judge and Matas J.A. in the present case. Indeed, Matas J.A. specifically states that it is not necessary to consider the issue of the exclusion of the evidence on the basis of either common law or constitutional fairness principles.

While suggestiveness and observational impediments may feature in both the frailty issue and the fairness issue, the two are approached from different standpoints and involve radically different policy concerns. Where the frailty or accuracy of the identification is under consideration, the standpoint is that of the complainant and of society. The underlying concerns are to redress the harm caused to her and to society by criminal behaviour and to ensure that the verdict is supported by proper evidence. Where fairness is at issue, the standpoint is that of the accused and the underly-

sonnablement causer un préjudice à l'accusé, la valeur de la preuve peut s'en trouver partiellement ou totalement détruite. Tout ce qui tend à donner à penser au témoin que la personne est soupçonnée par les autorités ou accusée d'une infraction cause manifestement un préjudice et est répréhensible. Soumettre un détenu seul à la vue du témoin après son arrestation est injuste et inéquitable. De même, permettre au témoin de voir la photographie d'un seul suspect ou détenu, après son arrestation mais avant vérification, ne peut avoir d'autre effet, à mon avis, que de porter préjudice à ce dernier.

En conséquence, le juge Laidlaw a annulé la déclaration de culpabilité de l'appelant, en affirmant que les procédures de la police avaient fait perdre toute valeur au témoignage de la caissière et qu'en l'absence d'autre preuve [TRADUCTION] «il serait injuste et dangereux de le déclarer coupable» (p. 180).

Le parallèle avec les faits de la présente espèce est manifeste. Au mieux, nous sommes en présence d'une identification initiale relativement fiable, suivie de deux séances d'identification irrégulières et suggestives. Mais ce qui semble préoccuper le juge Laidlaw dans l'affaire *Smierciak*, précitée, c'est autant le préjudice causé au prévenu que la faiblesse du témoignage de la plaignante. Il conclut que, en raison du préjudice causé par les procédures de la police, il serait injuste et dangereux de conclure à la culpabilité. Par contre, c'est l'aspect faiblesse de la preuve que paraissent avoir eu surtout à l'esprit tant le juge du procès que le juge Matas en l'espèce. D'ailleurs, le juge Matas dit expressément qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la question de l'exclusion de la preuve en fonction des principes d'équité constitutionnels ou de *common law*.

Si le caractère suggestif et les difficultés d'observation peuvent jouer un rôle tant pour ce qui est de la faiblesse de la preuve que de la question de l'équité, ce sont là des éléments qui sont envisagés de deux points de vue différents et qui font intervenir des préoccupations d'ordre public radicalement différentes. Lorsque c'est la faiblesse ou la précision de l'identification qui est en cause, le point de vue où l'on doit se placer est celui de la plaignante et de la société. On cherche essentiellement à remédier au préjudice que le comportement criminel a causé à la plaignante et à la société, et à

ing concern is the affront to justice inherent in prejudicial and needlessly suggestive procedures. In spite of these conceptual differences, accuracy and unfairness are often treated as aspects of the same issue. This can in some instances be explained by the fact that ultimately the two standpoints converge. Obviously it would be unfair to convict an accused on frail evidence. In addition, where evidence is excluded for fairness reasons, the effect may be to render the remaining evidence frail. In the present appeal, the appellant has argued accuracy and fairness as separate points. I agree that they should be viewed as analytically distinct. The question whether evidence should be excluded is not properly part of the decision to direct a verdict except in the indirect sense mentioned above, namely where the exclusion effectively undermines the other perfectly acceptable evidence.

Laidlaw J.A.'s decision suggests that an improper line-up can destroy otherwise good evidence. This principle is implicit in *Matas J.A.'s* conclusion in the present appeal and in the case of *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185 (C.A.) However, a retreat from Laidlaw J.A.'s interventionist approach is displayed in the cases of *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358 (C.A.); *R. v. Smith* (1975), 12 N.S.R. (2d) 289 (C.A.); *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279 (C.A.) and *R. v. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122 (Ont. C.A.)

In *R. v. Faryna* Huband J.A., with whom O'Sullivan J.A. concurred, was of the view that the use of an improper line-up fatally weakened the Crown's case. As in the present appeal the entire case turned on eyewitness evidence. However, unlike the present appeal, the initial identifications given by the two complainants were extremely poor, consisting in one instance of two encounters lasting a total of ten seconds and in the other

s'assurer que le verdict est étayé par des preuves suffisantes. Lorsque c'est l'équité qui est en cause, le point de vue où l'on doit se placer est celui du prévenu et on s'intéresse d'abord et avant tout à l'affront à la justice que comportent intrinsèquement les procédures préjudiciables et inutilement suggestives. En dépit de ces différences conceptuelles, la précision et l'inéquité sont souvent traitées comme des aspects différents d'une même question. Cela peut, dans certains cas, s'expliquer par le fait qu'ultimement les deux points de vue convergent. Manifestement, il serait injuste de déclarer un accusé coupable sur la foi d'une preuve faible. En outre, lorsque des éléments de preuve sont exclus pour des motifs d'équité, cela peut avoir pour effet d'affaiblir le reste de la preuve. En l'espèce, l'appelant a traité séparément la précision et l'équité. Je conviens qu'il faut les envisager comme analytiquement distincts. La question de savoir s'il faut exclure des éléments de preuve ne fait pas partie normalement de la décision d'imposer un verdict sauf dans le sens indirect susmentionné, savoir lorsque cette exclusion a pour effet de miner les autres éléments de preuve parfaitement acceptables.

Dans ses motifs, le juge Laidlaw laisse entendre qu'une séance d'identification irrégulière peut anéantir une preuve par ailleurs irréprochable. Ce principe est implicite dans la conclusion du juge Matas en l'espèce, comme dans l'affaire *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185 (C.A.) Cependant, on assiste à un repli par rapport au point de vue interventionniste du juge Laidlaw dans les affaires *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358 (C.A.); *R. v. Smith* (1975), 12 N.S.R. (2d) 289 (C.A.); *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279 (C.A.) et *R. v. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122 (C.A. Ont.)

Dans l'arrêt *R. v. Faryna*, le juge Huband de la Cour d'appel, aux motifs duquel a souscrit le juge O'Sullivan, a exprimé l'avis que le recours à une séance d'identification irrégulière affaiblit irrémédiablement la preuve du ministère public. Comme en l'espèce, toute l'affaire reposait sur la déposition de témoins oculaires. Cependant, contrairement à l'espèce, l'identification initiale par les deux plaignantes comportait de très grandes fai-

instance of one encounter lasting three seconds. In addition, subsequent descriptions given by the complainants had several inconsistencies and both picked the accused out of line-ups in which the persons in the line bore no resemblance to the accused. Huband J.A. distinguished *R. v. Smith, supra*, on the basis of the extraordinary frailty of the initial identifications of Mr. Faryna. He went on to describe the line-up and its impact on the Crown's case as follows at pp. 195-96:

She next was asked to identify the accused when he was presented to her in a police lineup, which can be best described as the situation in which the police identified their suspect to her by means of juxtaposition, and distinction from the others in the lineup. Having identified the man so indicated as her assailant, there is a reasonable apprehension that her subsequent descriptions of her assailant, both at the preliminary inquiry and at trial, were based on impressions she formed of the man in the police lineup, rather than of the man she saw for fleeting seconds at the time of the assault. This is not to impute any ill motive to Mrs. Cudmore. It simply reflects the inherent danger in identification evidence of this type and highlights the reasons why police lineups must be conducted properly if any weight is to be given to the evidence obtained as a result.

While Huband J.A.'s decision may have been warranted by the combination of the fleetingness of the initial encounters with the bias implicit in identification by juxtaposition, it is clear that where the reliability of the evidence rather than control of police behaviour or prejudice to the accused is the over-riding concern, the psychological barriers generated by suggestive line-ups do not always destroy otherwise good evidence. In *R. v. Sutton, supra*, Jessup J.A. ordered a new trial in part because the trial judge had failed to caution the jury with respect to the frailty generated by an improperly conducted photo line-up. The implication is that those frailties could have been reme-

bles, consistant dans un cas en deux rencontres d'une durée totale de dix secondes et, dans l'autre, en une seule rencontre d'une durée de trois secondes. De plus, les descriptions données ultérieurement par les plaignantes comportaient plusieurs contradictions et toutes deux avaient, au cours de séances d'identification, désigné le prévenu parmi des individus qui n'avaient aucune ressemblance avec lui. Le juge Huband a distingué l'espèce de l'affaire *R. v. Smith*, précitée, en fonction de l'extraordinaire faiblesse des identifications initiales de M. Faryna. Aux pages 195 et 196, il poursuit en décrivant ainsi la séance d'identification et son effet sur la preuve du ministère public:

[TRADUCTION] On lui a ensuite demandé d'identifier le prévenu au moment où il lui a été présenté au cours d'une séance d'identification de la police, qu'on pourrait plutôt décrire comme une situation où les policiers lui ont fait reconnaître leur suspect en le faisant trancher par son apparence différente des autres auxquels il était juxtaposé. Du fait qu'elle ait identifié l'homme ainsi désigné comme étant son agresseur, il est raisonnable de craindre que ses descriptions subséquentes de son agresseur, tant à l'enquête préliminaire qu'au procès, aient été fondées sur l'impression qu'elle s'est faite de l'homme présent lors de la séance d'identification de la police, plutôt que de l'homme qu'elle a vu pendant un bref instant au moment de l'agression. Je ne dis pas cela pour imputer quelque mauvaise intention à M^{me} Cudmore. Cela souligne simplement le danger inhérent à une preuve d'identification de ce genre et fait ressortir les raisons pour lesquelles il faut procéder aux séances d'identification policières adéquatement si une valeur quelconque doit être accordée à la preuve réunie en conséquence.

Même s'il se peut que la décision du juge Huband ait été justifiée par la fugacité des premières rencontres, combinée à la subjectivité implicite d'une identification par juxtaposition, il est clair que, lorsque la fiabilité de la preuve plutôt que le contrôle du comportement policier ou d'un préjudice causé au prévenu constitue la préoccupation primordiale, les barrières psychologiques générées par des séances d'identification suggestives n'anéantissent pas toujours une preuve par ailleurs irréprochable. Dans l'arrêt *R. v. Sutton*, précité, le juge Jessup de la Cour d'appel a ordonné un nouveau procès en partie parce que le juge du procès n'avait pas mis en garde le jury à l'égard de

died by a proper direction. Likewise in *R. v. Smith* and *R. v. Engel*, *supra*, the respective Courts of Appeal were of the view that a caution to the trier of fact was all that was needed to counteract the damage caused by improper line-up procedures.

In *Smith*, the strength of the initial identification played a large part in the reviewing court's assessment of the conviction at trial. MacDonald J.A. of the Nova Scotia Court of Appeal said at pp. 297-99:

Counsel for the appellant contends that the evidence of Mr. Walker, particularly in view of the acquittal of Pace, is too weak and uncertain to found a conviction. In support of this contention he referred to *Regina v. Spatola* (1970), 10 C.R.N.S. 143, *Rex v. Brown and Angus* (1951), 99 C.C.C. 141, *Rex v. Goldhar*, *Rex v. Smokler* (1941), 76 C.C.C. 270, *Regina v. Shaver* (1971), 2 N.S.R. (2d) 225, and *Regina v. Kerwin* (1974), 26 C.R.N.S. 351. I subscribe to what was said in all those cases but would point out that here Mr. Walker had ample opportunity of observing the facial features of the appellant enabling him to receive an impression of a definite cast of countenance. When the distinguishing red mark is added to this, in my opinion, it cannot be said that Mr. Walker could not visualize the personal characteristics and individuality of the appellant to the extent necessary to enable him to identify him late on the day of the robbery in the lineup. This being so, I would refer again to *Regina v. Spatola*, *supra*, wherein Laskin, J.A., said in effect that identification evidence is for the jury to evaluate on proper direction.

The object of the identification parade or lineup is to make sure that the ability of the witness to recognize the suspect has been fairly and adequately tested. I think it is desirable for the police to hold an identification parade before the arrest, trial or preliminary inquiry, as the case may be. Such a parade or lineup should be carried out by placing the accused, or the suspect, with a sufficient number of people as similar physically as

la faiblesse de la preuve due à l'irrégularité d'une séance d'identification à l'aide de photographies. Cela veut dire implicitement que cette faiblesse aurait pu être corrigée par une directive appropriée. De même, dans les arrêts *R. v. Smith* et *R. v. Engel*, précités, les cours d'appel respectivement concernées ont été d'avis qu'une mise en garde faite au juge des faits suffisait pour contrebalancer le préjudice causé par des procédures d'identification irrégulières.

Dans l'arrêt *Smith*, la force probante de l'identification initiale a joué un rôle important dans l'évaluation par le tribunal d'examen de la déclaration de culpabilité prononcée en première instance. Le juge MacDonald de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dit, aux pp. 297 à 299:

[TRADUCTION] L'avocat de l'appellant soutient que le témoignage de M. Walker, compte tenu en particulier de l'acquittement de Pace, est trop faible et incertain pour justifier une déclaration de culpabilité. À l'appui de cet argument, il mentionne les décisions *Regina v. Spatola* (1970), 10 C.R.N.S. 143, *Rex v. Brown and Angus* (1951), 99 C.C.C. 141, *Rex v. Goldhar*, *Rex v. Smokler* (1941), 76 C.C.C. 270, *Regina v. Shaver* (1971), 2 N.S.R. (2d) 225, et *Regina v. Kerwin* (1974), 26 C.R.N.S. 351. Je souscris à ce qu'on a dit dans ces décisions, mais je tiens à souligner qu'en l'espèce M. Walker a eu amplement l'occasion d'observer les traits de l'appellant, ce qui lui a permis de se faire une idée précise de son visage. Lorsqu'on ajoute à cela le signe particulier, la marque rouge, on ne peut dire, à mon avis, que M. Walker n'a pu percevoir les caractéristiques personnelles et l'individualité de l'appellant dans la mesure nécessaire pour lui permettre de l'identifier plus tard, le jour du vol qualifié, au cours d'une séance d'identification. Cela étant, je mentionne à nouveau l'arrêt *Regina v. Spatola*, précité, où le juge Laskin de la Cour d'appel a dit en fait que c'est au jury qu'il appartient d'apprécier une preuve d'identification, après avoir reçu des directives appropriées.

L'objet de la séance d'identification est d'assurer que la capacité du témoin de reconnaître le suspect a été équitablement et adéquatement vérifiée. Je pense qu'il est souhaitable que la police procède à une séance d'identification avant l'arrestation, le procès ou l'enquête préliminaire, selon le cas. On devrait procéder à cette séance d'identification en alignant le prévenu, ou le suspect, avec un nombre suffisant de gens aussi sembla-

possible to him, leaving the witness to pick him out if he can, without assistance.

In the present case my opinion is that the construction of the lineup was unsatisfactory. The effect of such a defective lineup goes to the weight of the identification evidence which, in the present case and notwithstanding the unsatisfactory lineup was sufficient for the reasons already given to support the conviction.

In *R. v. Engel, supra*, O'Sullivan J.A., with whom Huband J.A. concurred, agreed with counsel that the line-up was a farce. Nevertheless he felt that the conviction should be upheld in view of the fact that the trial judge sitting alone "suitably warned himself of the dangers inherent in the identification evidence and in the lack of corroboration" (p. 284).

These cases reflect a deference to the ability of the triers of fact to weigh poor quality evidence. This deference is implicit in Ritchie J.'s restrictive formulation of the governing test in *Shephard*. However, the case which best illustrates this confidence in the jury and which perhaps approximates most closely to the facts in the present appeal is *R. v. Simpson (No. 2), supra*.

The accused in *Simpson* was charged with attempted murder. The attempt occurred at night, albeit near a street light. The complainant spent the whole time trying to fight off her assailant. Afterwards she was able to give a description which generally corresponded to that of the accused except that she got the colour of his eyes wrong. The accused refused to participate in a line-up. The police brought the complainant to a courtroom where he was appearing in connection with another offence. The accused entered the courtroom alone, handcuffed, and escorted by a constable. The complainant immediately began to shake and cry and was taken from the room. After she had calmed down she asked for another view in order to be sure. She was then taken back into the courtroom whereupon she positively identified the accused as her assailant.

bles à lui physiquement que possible, en laissant au témoin le soin de le désigner, s'il le peut, sans aide.

En l'espèce, je suis d'avis que la manière dont on a tenu la séance d'identification n'était pas satisfaisante. L'effet d'une telle séance d'identification inadéquate influe sur le poids de la preuve d'identification qui, en l'espèce et nonobstant cette séance d'identification insatisfaisante, était suffisante, pour les raisons déjà données, pour justifier la déclaration de culpabilité.

Dans l'arrêt *R. v. Engel*, précité, le juge O'Sullivan de la Cour d'appel, aux motifs duquel a souscrit le juge Huband, a convenu avec l'avocat de la défense que la séance d'identification avait été une farce. Néanmoins, il a estimé que la déclaration de culpabilité devait être maintenue parce que le juge du procès, siégeant seul, [TRADUCTION] «s'était bien prémuni contre les dangers inhérents à la preuve d'identification et à l'absence de corroboration» (p. 284).

Ces arrêts manifestent une certaine déférence envers la capacité des juges des faits d'apprécier une preuve de piètre qualité. Cette déférence est implicite dans la formulation restrictive par le juge Ritchie du critère applicable dans l'arrêt *Shephard*. Cependant, l'affaire qui illustre le mieux cette confiance que l'on fait au jury et qui, peut-être, se rapproche le plus des faits de l'espèce est l'affaire *R. v. Simpson (No. 2)*, précitée.

L'accusé dans l'affaire *Simpson* était inculpé de tentative de meurtre. La tentative avait eu lieu la nuit, quoique près d'un lampadaire. La plaignante avait, pendant toute la durée de l'agression, cherché à se défendre. Plus tard, elle avait pu donner une description correspondant généralement à l'accusé, sauf qu'elle s'était trompée quant à la couleur de ses yeux. L'accusé a refusé de participer à une séance d'identification. Les policiers ont amené la plaignante dans une salle d'audience où il comparaisait pour une autre infraction. L'accusé est entré dans la salle d'audience seul, les menottes aux mains et escorté par un agent de police. La plaignante s'est immédiatement mise à trembler et à pleurer et on l'a fait sortir de la salle. Après qu'elle se fut calmée, elle a demandé à le revoir pour être certaine. On l'a ramenée dans la salle d'audience et elle a alors formellement identifié l'accusé comme étant son agresseur.

At Simpson's trial the judge charged the jury as follows as related by Martin J.A. at p. 130:

You may think then that Simpson being brought into court in this fashion diminishes, if not completely does away with, the weight to be attached to Cathy's identification on that day in that court room. But you might also feel that you are entitled to overlook the unusual procedure, or at least not feel that it detracts from her identification when you consider Constable Anderson's very vivid description of how she reacted to seeing Simpson, saying "That's the man" or words to that effect. When you are looking at a man handcuffed, surrounded by police in a court room is one thing, but to react as Cathy did seems to me to be another thing, you may find, or you may not find. You may disagree—you may agree. You may think then that her reactions may be sufficient, or a sufficient act of identification which eliminates the problem of the method of bringing Simpson in and the fact he was handcuffed and with the police. That is one of the areas that you are going to have to make a decision upon.

Although the accused only contested the admission of the evidence of the complainant's physical reaction to his appearance in court, I think that Martin J.A.'s rejection of that ground and approval of the trial judge's direction implied an approval of the trial judge's reliance on the ability of the jurors to balance the prejudicial impact of the in-court identification process and the difficulties inherent in the complainant's initial observation of her assailant against the overall strengths and weaknesses of her evidence. The parallels with the circumstances in *Mezzo* are quite striking. In both cases the initial encounter is under difficult conditions but the complainant's subsequent descriptions are consistent and fairly specific. If anything, the line-up process in *Simpson* is more suggestive than that in *Mezzo*. In both cases there are two viewings and in both cases the witness has a physical reaction to the sight of the suspect.

Au procès de Simpson, le juge a donné la directive suivante au jury, selon ce que rapporte le juge Martin de la Cour d'appel, à la p. 130:

[TRADUCTION] Vous pouvez alors penser que le fait d'amener Simpson de cette manière dans la salle d'audience diminue, voir même anéantit complètement, le poids qu'il faut donner à l'identification faite par Cathy, ce jour-là, dans cette salle d'audience. Mais vous pouvez aussi penser que vous êtes en droit de fermer les yeux sur cette procédure inhabituelle, ou à tout le moins de considérer que cela ne déroge pas à son identification compte tenu de la description réaliste qu'a donnée l'agent Anderson de la réaction qu'elle a eu en apercevant Simpson, quand elle a dit «C'est lui» ou quelque chose de ce genre. C'est une chose que de regarder un homme, menottes aux mains, entouré de policiers dans une salle d'audience, mais c'en est une autre, me semble-t-il, que de réagir comme l'a fait Cathy, vous pouvez ou non en juger ainsi. Vous pouvez ne pas être d'accord—vous pouvez être d'accord. Vous pouvez alors penser que sa réaction suffit, que c'est un acte suffisant d'identification qui élimine le problème de la méthode employée pour amener Simpson et le fait qu'il ait eu les menottes aux mains et ait été accompagné d'un policier. C'est là un des sujets sur lesquels vous allez avoir à vous prononcer.

Même si l'accusé n'a contesté que la recevabilité de la preuve de la réaction physique de la plaignante lorsqu'il a comparu devant le tribunal, je pense que le rejet par le juge Martin de ce moyen et son approbation de la directive du juge du procès signifient qu'il approuve la confiance que le juge du procès a mise dans la capacité des jurés d'évaluer l'effet préjudiciable de la procédure d'identification en cour et les difficultés inhérentes ayant entouré la première observation par la plaignante de son agresseur, par rapport aux points forts et aux points faibles de l'ensemble de son témoignage. Les points communs avec les circonstances de l'affaire *Mezzo* sont très frappants. Dans les deux cas, la première rencontre s'est faite dans des conditions difficiles, mais les descriptions données subséquemment par la plaignante sont cohérentes et assez précises. Et même, la procédure d'identification dans l'affaire *Simpson* était encore plus suggestive que dans l'affaire *Mezzo*. Dans les deux cas, il y a eu deux confrontations et dans les deux cas le témoin a eu une réaction physique en voyant le suspect.

I think that several conclusions can be drawn from these authorities. First, the improprieties in the line-up do not necessarily destroy otherwise good evidence. Second, consistent with *Shephard*, damage can often be remedied by a proper caution. Third, at this stage of the analysis the assessment of the evidential basis for conviction depends not only on separate assessments of the weaknesses in the initial observation and the weaknesses in the conduct of the line-up but also on the impact of one or the other. As I stated at the outset, the stronger the initial identification evidence the higher the degree of subsequent impropriety it might take to undermine it.

It seems to me that the line-up procedure employed in this case was not so irregular by Canadian standards as to be beyond the capabilities of the jury to weigh. Because of the failure of the Crown to record the particulars at the courtroom encounter one must assume that the viewings were tantamount to single show-ups. However, in *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, a unanimous decision of this Court, single show-ups were approved by implication, at least in so far as considerations of accuracy are concerned. The accused in that case refused to take part in a line-up. The complainant who had awakened to find a robber in his hotel room in the early morning hours subsequently identified the accused in the hallway of a police station and a few minutes later in a room occupied by Mr. Marcoux and a police constable. At trial, the defence in a motion for a directed verdict vigorously attacked the failure of the police to conduct a proper line-up. The trial judge refused the motion. On appeal to this Court the central issues were whether line-ups violated the privilege against self-incrimination and whether evidence of an accused's refusal to participate in a line-up is admissible. In the course of his reasons for the Court Dickson J. (as he then was) discussed the use of single show-ups and in-dock identification. Although he did not make any specific finding with regard to Canadian law, he referred briefly to American and British judi-

Je pense qu'on peut tirer plusieurs conclusions de cette jurisprudence. Premièrement, les irrégularités de la séance d'identification n'anéantissent pas nécessairement une preuve par ailleurs irréprochable. Deuxièmement, conformément à l'arrêt *Shephard*, le préjudice causé peut souvent être corrigé par une mise en garde appropriée. Troisièmement, à ce stade de l'analyse, l'évaluation de la preuve sur laquelle se fonde la déclaration de culpabilité dépend non seulement des évaluations faites séparément des faiblesses de l'observation initiale et de celles de la procédure suivie lors de la séance d'identification, mais aussi de l'effet de l'une ou de l'autre. Comme je l'ai dit au début, plus la preuve d'identification initiale est forte, plus il faudra un degré élevé d'irrégularités subséquentes pour la miner.

Il me semble que la procédure d'identification utilisée en l'espèce n'a pas été irrégulière, selon les normes canadiennes, au point d'aller au-delà des capacités du jury de l'apprécier. Du fait que le ministère public n'a pas consigné les détails de la rencontre dans la salle d'audience, on doit présumer qu'il s'agissait pour ainsi dire chaque fois d'une confrontation du témoin avec un seul suspect. Cependant, dans l'arrêt *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, un arrêt unanime de cette Cour, les confrontations avec un seul suspect ont été approuvées implicitement, tout au moins dans la mesure où des questions de précision sont en cause. Le prévenu dans cette affaire avait refusé de prendre part à une séance d'identification. Le plaignant, qui en se réveillant avait constaté la présence d'un voleur dans sa chambre d'hôtel, aux petites heures du matin, a subséquemment identifié le prévenu dans le corridor d'un poste de police et, quelques minutes plus tard, dans une pièce occupée par M. Marcoux et un agent de police. Au procès, la défense, dans une requête en obtention d'un verdict imposé, a reproché énergiquement à la police de ne pas avoir tenu une séance d'identification régulière. Le juge du procès a rejeté la requête. Lors du pourvoi devant cette Cour, les questions primordiales ont été de savoir si les séances d'identification portaient atteinte au droit à la protection contre l'auto-incrimination et si la preuve du refus d'un prévenu de participer à

cial criticism of the failure to use a proper line-up in the following passage at pp. 773-74:

New York cases since *People v. Ballott* (1967), 20 N.Y. 2d 600, have found the failure to employ a line-up by the police, absent imperative circumstances, violative of due process—see “*Pre-trial Identification*”, (1971) 55 Minnesota Law Review 779, at p. 791. The Court of Criminal Appeal of England has commented adversely on the absence of an identification parade and failure to explain the omission to hold one: *R. v. Seiga*, [1961] Crim. L.R. 541. In *R. v. John* (unreported, abridged in (1973) Crim. L.R. 113), evidence was given by a detective constable that the accused had refused an identification parade. On appeal from conviction, it was urged, unsuccessfully, that the trial judge had wrongly allowed one of the witnesses to identify the accused in the dock when she had not identified him before the trial. Lord Justice Cairns, delivering the judgment of the Court of Appeal, said:

This method of identification ought to have been avoided if possible. It might have been possible in this case if the Appellant had been willing to submit to an identification parade. Leaving out altogether the question of whether or not it was reasonable for him to refuse an identification parade, the fact was that the Prosecution did not have that very much better method of identification available and, that being so, it does not appear to this Court to be wrong to allow that method of identification to be used by that witness, Miriam Baker.

The discussion in *Marcoux* concerns the fairness or justice aspect of police procedures and of their impact on the accused's rights. There is no suggestion that apart from due process considerations the potential for inaccuracy generated by the station-house show-up rendered the evidence against Mr. Marcoux unsafe as a basis for conviction. The implication is that because Mr. Marcoux's refusal necessitated the show-up the fairness issue does

une séance d'identification était admissible. Dans ses motifs de jugement, rédigés au nom de la Cour, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) étudie le recours à la confrontation avec un seul suspect et à l'identification au banc des accusés. Bien qu'il ne tire aucune conclusion spécifique concernant le droit canadien, il mentionne brièvement les critiques qu'ont fait les tribunaux américains et britanniques du non-recours à une séance d'identification régulière, dans l'extrait suivant tiré des pp. 773 et 774:

D'après les décisions rendues dans l'État de New York depuis l'arrêt *People v. Ballott* (1967), 20 N.Y. 2d 600, le défaut par la police d'utiliser la parade d'identification, en l'absence de circonstances incontrôlables, constituait une violation de l'application régulière de la loi—voir «*Pre-trial Identification*», (1971) 55 Minnesota Law Review 779, p. 791. La Cour d'appel en matière criminelle d'Angleterre a critiqué l'absence d'une parade d'identification et le défaut d'en expliquer l'omission: *R. v. Seiga*, [1961] Crim. L.R. 541. Dans l'arrêt *R. v. John* (non publié, résumé dans (1973) Cr. L.R. 113), un détective a témoigné que le prévenu avait refusé de participer à une parade d'identification. En appel de la déclaration de culpabilité, on a fait valoir, sans succès, que le juge de première instance avait eu tort de permettre à l'un des témoins d'identifier le prévenu au banc des accusés alors qu'il ne l'avait pas identifié avant le procès. Le lord juge Cairns, rendant le jugement de la Cour d'appel a dit:

[TRADUCTION] Cette méthode d'identification aurait dû être évitée si possible. En l'espèce, cela aurait pu être possible si l'appelant avait accepté de participer à une parade d'identification. Abstraction faite de la question de savoir s'il était raisonnable pour lui de refuser de participer à une parade d'identification, vu que la poursuite n'avait pu se prévaloir de cette méthode d'identification qui est de beaucoup préférable, selon cette Cour, il n'apparaît pas illégitime de permettre que cette méthode d'identification soit employée par ce témoin, Miriam Baker.

Le débat dans l'affaire *Marcoux* porte sur l'aspect équitable ou juste des procédures de la police et de son effet sur les droits du prévenu. On n'y laisse aucunement entendre que, mises à part des considérations d'application régulière de la loi, les possibilités d'imprécision que fait naître la confrontation avec un seul suspect au poste de police ont rendu la preuve impliquant M. Marcoux trop dangereuse pour justifier une déclaration de culpa-

not arise and that the trial judge properly put the evidence to the jury in spite of the problems in the quality of the initial observation and the subsequent identification.

In the present appeal the complainant's initial identification evidence, in my view, was such as to require the trial judge to put it to the jury with an appropriate caution. The conduct of the police line-up was clearly improper but again, on the basis of authorities such as *Marcoux* and *Simpson*, not so improper as to be beyond the power of the jury to handle given a proper direction by the trial judge. I do not think the police line-up had the effect of destroying the complainant's initial evidence or weakening it beyond the point where it could not be taken care of by a properly worded caution. Indeed, the visible reaction of the complainant to Mr. Mezzo was, if anything, supportive of her earlier testimony and her obvious desire to be sure before she made a positive identification in the courtroom bore witness to her good faith and credibility. Matas J.A. raises the possibility that all the complainant was doing in the second courtroom encounter was recognizing the person she had seen on the first encounter. With respect, I think this is to seriously underestimate a witness who had given a perfectly sensible and commendable reason for wanting to have an unobstructed view before committing herself. But these are, in my opinion, all matters for the jury to weigh once the judge has drawn them to its attention.

The question remains whether the improprieties in the line-up were such that the evidence of the complainant's identification of Mr. Mezzo as her assailant should be excluded for reasons of common law or constitutional fairness. The "imperative circumstances", namely the accused's refusal to participate in a proper line-up, present in *Marcoux* and *Simpson*, are absent here. In addition the police by failing to record the particulars

bilité. Cela signifie qu'étant donné que le refus de M. Marcoux a nécessité la confrontation avec un seul suspect, la question d'équité ne se pose pas et que le juge a eu raison de laisser le jury apprécier la preuve, en dépit des problèmes de qualité de l'observation initiale et de l'identification subséquente.

En l'espèce, j'estime que la preuve d'identification initiale de la plaignante était telle que le juge se devait de la soumettre à l'appréciation du jury, après lui avoir fait une mise en garde appropriée. La séance d'identification à laquelle ont procédé les policiers était manifestement irrégulière mais, ici encore, en vertu de précédents comme les arrêts *Marcoux* et *Simpson*, pas au point que le jury ne puisse l'apprécier après avoir reçu des directives appropriées du juge du procès. Je ne crois pas que la séance d'identification policière ait eu pour effet de détruire la preuve initiale de la plaignante ou de l'affaiblir au point qu'on ne puisse y remédier par une mise en garde appropriée. En fait, la réaction qu'a eu visiblement la plaignante en apercevant M. Mezzo, corrobore, c'est le moins qu'on puisse dire, son témoignage antérieur et son désir évident d'être certaine avant d'effectuer une identification formelle en salle d'audience témoigne de sa bonne foi et de sa crédibilité. Le juge Matas soulève la possibilité que tout ce que la plaignante a fait au moment de la seconde confrontation dans la salle d'audience ce fut de reconnaître l'individu auquel elle avait été confrontée la première fois. Avec égards, je pense que c'est là sous-estimer dangereusement un témoin qui avait donné une raison parfaitement sensée et louable de vouloir observer sans avoir la vue obstruée avant de se prononcer. Mais ce sont là, à mon avis, des questions qu'il appartient au jury d'apprécier, une fois que le juge aura attiré son attention sur celles-ci.

Il reste à savoir si les irrégularités de la séance d'identification ont été telles que la preuve d'identification par la plaignante de M. Mezzo comme étant son agresseur devrait être exclue pour des raisons d'équité constitutionnelle ou de *common law*. Les «circonstances impérieuses», soit le refus du prévenu de participer à une séance d'identification régulière, que l'on trouve dans les affaires *Marcoux* et *Simpson*, sont absentes en l'espèce. En

of the procedure have effectively made it impossible for the trial judge to caution the jury with respect to this portion of the evidence other than by advising them to assume the worst. In my view, these circumstances do raise a serious concern over prejudice to the accused. However, I believe that the proper context for that discussion would have been on a motion to exclude the evidence either on the basis of *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, and the accompanying jurisprudence or under s. 24(1) of the *Charter*. No such motion was made when the line-up evidence was admitted at trial. Nor has the case been approached on that basis either by the trial judge or by the Court of Appeal.

In light of the standard imposed in *Shephard* I would agree with the majority of the Court of Appeal that the case should have been put to the jury with a proper direction. I would therefore dismiss the appeal. It will, of course, be open to the defence on the new trial, if so advised, to move to have the line-up evidence excluded for reasons of fairness.

The judgment of Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment prepared in this appeal by my colleagues Lamer and Wilson JJ. I agree with Lamer J. that the issue to be decided in this case, is whether the trial judge was in error in directing a verdict of acquittal, despite the fact that there was admissible evidence before the court as to the identification of the accused. With deference to Lamer J., however, I am unable to agree with his disposition of the matter. Like my colleague, Wilson J., I would dismiss the appeal and affirm the Court of Appeal's order for a new trial.

The facts have been outlined by Lamer J. in some detail and need no repetition in these reasons. The Crown's case rests upon the identification made by the complainant of the man who assaulted her. The evidence she gave relating to

autre les policiers, en ne consignait pas les détails de la procédure, ont en fait rendu impossible pour le juge du procès de mettre en garde le jury quant à cette partie de la preuve, sauf pour lui conseiller a de présumer le pire. À mon avis, ces circonstances laissent sérieusement craindre un préjudice pour l'accusé. Cependant, je crois que le contexte approprié pour cette analyse aurait dû être une requête visant à exclure cette preuve, fondée soit sur l'arrêt b *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, et la jurisprudence qui l'accompagne, soit sur le par. 24(1) de la *Charte*. Aucune requête de ce genre n'a été faite lorsque la preuve fondée sur la séance d'identification a été jugée recevable au procès. De plus, ni le c juge du procès ni la Cour d'appel n'ont abordé l'affaire sous cet angle.

Compte tenu de la norme imposée dans l'arrêt a *Shephard*, je conviens avec la Cour d'appel à la majorité que l'affaire aurait dû être laissée à l'appréciation du jury après lui avoir donné une directive appropriée. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi. Naturellement, la défense pourra, au cours du nouveau procès, si elle le juge opportun, demander l'exclusion de la preuve fondée sur la séance d'identification pour des raisons d'équité.

Version française du jugement des juges Beetz, f Estey, McIntyre, Chouinard et Le Dain rendu par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement rédigés en l'espèce par mes collègues les juges Lamer et Wilson. Je suis d'accord avec le g juge Lamer pour dire que le point sur lequel il faut statuer en l'espèce est de savoir si le juge du procès a eu tort d'imposer un verdict d'acquiescement, en dépit du fait que la cour était saisie d'éléments de preuve admissibles quant à l'identification de l'accusé. Toutefois malgré tout le respect que je lui h dois, je ne puis souscrire à la solution qu'il apporte au litige. À l'instar de ma collègue le juge Wilson, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer i l'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel.

Le juge Lamer a exposé les faits suffisamment en détail pour qu'il ne soit pas nécessaire de les reprendre ici. La preuve du ministère public repose sur l'identification par la plaignante de son agresseur. Son témoignage concernant l'agression elle-

the actual assault is adequately set out by Lamer J., and the further identification evidence is set out in the passages from the judgment of Matas J.A. in the Court of Appeal, which were included in Lamer J.'s reasons.

The trial judge followed the judgment of Harradence J.A., speaking for the Alberta Court of Appeal in *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22, which in turn adopted and applied the reasons of Lord Widgery C.J. in the English Court of Appeal, Criminal Division, in *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549. This led him to a consideration of the quality of the evidence. In this process he indulged in a detailed weighing of the evidence and he concluded that a verdict should be directed. He was also moved towards his decision by what he considered to be improper police procedures taken to procure further identification evidence in the proceedings.

In the Court of Appeal (1983), 35 C.R. (3d) 272, Hall J.A., speaking for the Chief Justice and himself, acknowledged that a trial judge dealing with the question of a directed verdict should consider the quality of the evidence. He said (at p. 277):

In sum, the trial judge should, without making any finding of credibility, form a view or opinion whether, because of the dubious nature of the evidence, it would be unsafe to find the accused guilty. If he forms that opinion, he would be justified in directing a jury to return a verdict of acquittal.

He went on to conclude that in the case before the court the evidence was sufficient for the jury's consideration, after a proper direction from the judge. The trial judge was in error "not so much in adopting the wrong test but in misapplying the test in *Turnbull* to the facts of the case". He indicated that the preferable language to employ was that employed in *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396. He set aside the directed verdict and ordered a new trial. Matas J.A., in dissent, set out the facts of the case clearly and completely. He reviewed many of the relevant authorities. He was concerned with the frailties of visual identification and procedures followed by the police in connection with the

même est adéquatement rapporté par le juge Lamer et d'autres éléments de preuve d'identification sont rapportés dans les passages de l'arrêt du juge Matas de la Cour d'appel, que l'on trouve dans les motifs du juge Lamer.

Le juge du procès a suivi le jugement du juge Harradence qui, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22, avait adopté et appliqué les motifs du juge en chef lord Widgery de la Cour d'appel d'Angleterre, division criminelle, dans l'arrêt *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549, ce qui l'a amené à procéder à un examen de la qualité de la preuve. Ce faisant, il s'est livré à une évaluation détaillée de la preuve pour conclure qu'un verdict devait être imposé. Il a aussi été incité à prendre cette décision par ce qu'il a jugé avoir constitué des procédures irrégulières utilisées par la police en vue d'obtenir des éléments de preuve d'identification supplémentaires.

En Cour d'appel (1983), 35 C.R. (3d) 272, le juge Hall, s'exprimant en son propre nom et en celui du Juge en chef, a reconnu que le juge du procès qui examine la question d'un verdict imposé doit prendre en considération la qualité de la preuve offerte. Voici ce qu'il affirme (à la p. 277):

[TRADUCTION] En somme, le juge du procès doit, sans statuer sur la crédibilité du témoin, se faire une idée ou une opinion sur la question de savoir si, à cause de la nature douteuse de la preuve offerte, il serait dangereux de déclarer l'accusé coupable. S'il est d'avis que oui, il est alors justifié d'imposer au jury un verdict d'acquiescement.

Il conclut ensuite que, dans l'affaire dont la cour était saisie, il existait suffisamment d'éléments de preuve pour que le jury en soit saisi après avoir reçu du juge des directives appropriées. L'erreur du juge du procès avait consisté [TRADUCTION] «non pas tellement à adopter le mauvais critère, mais à mal appliquer aux faits de l'espèce le critère énoncé dans l'arrêt *Turnbull*». Il a indiqué qu'il était préférable de recourir au langage de l'arrêt *R. v. Comba*, [1938] R.C.S. 396. Il a annulé le verdict imposé et ordonné un nouveau procès. Le juge Matas, dissident, a exposé les faits de l'espèce clairement et exhaustivement. Il a passé en revue une grande partie de la jurisprudence pertinente. Il

courtroom identification. He would have dismissed the Crown appeal.

The problem which arises here has its roots in the tendency to overlook the division of duties inherent in a trial by judge and jury. No authority need be cited for the proposition that in a jury trial all questions of law are for the judge alone and, of equal importance, all questions of fact are for the jury alone. The distinction is of fundamental importance. It should be preserved so long as it is considered right to continue the use of the jury in the criminal law. Much of the difficulty that has arisen on this subject has been caused by a failure to recognize and preserve this distinction.

The leading case in this Court on the subject of directed verdicts is *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067. Ritchie J. wrote the majority judgment (Martland, Judson, Ritchie, Pigeon and de Grandpré JJ.), while Spence J. dissented with the concurrence of Laskin C.J., Dickson and Beetz JJ. The United States applied for Shephard's extradition. The only evidence adduced before Hugessen J., sitting as an extradition judge, was an affidavit sworn by a co-conspirator of Shephard. Hugessen J. considered that he had to apply the test involved in taking a case away from a jury and, saying the evidence was "so manifestly unreliable", he declined to order extradition. An appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed and the matter came to this Court. Ritchie J. agreed with the trial judge that the test to be applied was that expressed in s. 475(1) of the *Criminal Code*, which is set out hereunder in its amended form:

475. (1) When all the evidence has been taken by the justice he shall

(a) if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any

se préoccupait des faiblesses d'une identification visuelle et des procédures suivies par la police relativement à l'identification en salle d'audience. Il aurait rejeté l'appel interjeté par le ministère a public.

Le problème qui se pose ici s'explique par la tendance à ne pas tenir compte du partage des fonctions inhérent dans un procès devant un juge b et un jury. Aucun précédent n'a à être cité pour justifier la proposition selon laquelle, dans un procès par jury, toutes les questions de droit relèvent exclusivement du juge et que, ce qui est tout aussi important, toutes les questions de fait relèvent exclusivement du jury. Cette distinction est c d'une importance fondamentale. Elle doit être maintenue tant qu'on jugera bon de continuer d'avoir recours au jury en droit criminel. La plupart des difficultés qui ont surgi à ce sujet sont d dues au défaut de reconnaître et de maintenir cette distinction.

L'arrêt de principe qu'a rendu notre Cour en matière de verdicts imposés est l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067. C'est le juge Ritchie qui a rédigé les motifs de la majorité (les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon et de Grandpré), le juge Spence ayant écrit des motifs de dissidence auxquels ont souscrit le juge en chef Laskin ainsi que les juges Dickson et Beetz. Les États-Unis demandaient l'extradition de Shephard. La seule preuve qui avait été soumise au juge Hugessen, en qualité de juge d'extradition, était l'affidavit d'un complice de Shephard. Le juge Hugessen a estimé qu'il se devait d'utiliser le critère applicable quand il s'agit de dessaisir le jury et, déclarant que cette preuve était [TRADUC- h TION] «manifestement si peu digne de foi», il a refusé d'ordonner l'extradition. L'appel interjeté à la Cour d'appel fédérale a été rejeté et la Cour a alors été saisie de l'affaire. Le juge Ritchie a été d'accord avec le juge du procès pour dire que le critère applicable était celui prévu au par. 475(1) i du *Code criminel*, dont voici le texte dans sa forme actuelle:

475. (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit

a renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est

other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial; or

(b) discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction.

He said, at p. 1080:

I agree that the duty imposed upon a "justice" under s. 475(1) is the same as that which governs a trial judge sitting with a jury in deciding whether the evidence is "sufficient" to justify him in withdrawing the case from the jury and this is to be determined according to whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty. The "justice", in accordance with this principle, is, in my opinion, required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction.

Later, after referring to the trial judge's comments that the evidence was "manifestly unreliable", he added, at p. 1087:

With the greatest respect I cannot accept the proposition that a trial judge is ever entitled to take a case from the jury and direct an acquittal on the ground that, *in his opinion*, the evidence is "manifestly unreliable". If this were the law it would deprive the members of the jury of their function to act as the sole judges of the truth or falsity of the evidence and would thus, in my opinion, be contrary to the accepted role of the jury in our legal system.

Ritchie J. has stated what has been called the 'classic statement' of the rule that has been the law of Canada since before the *Criminal Code* was adopted. In this, he has adopted as the measure of sufficiency the concept of a *prima facie* case, that is, a case containing evidence on all essential points of a charge which, if believed by the trier of fact and unanswered, would warrant a conviction.

Ritchie J. based his formulation of the test to be applied by a trial judge on a line of authorities going back as far as 1788. In *R. v. Atwood and Robbins* (1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334, it was

accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante; ou

b) libérer l'accusé, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès.

Il dit, à la p. 1080:

Je conviens que le devoir imposé à un «juge de paix» aux termes du par. (1) de l'art. 475 est le même que celui du juge du procès siégeant avec un jury lorsqu'il doit décider si la preuve est «suffisante» pour dessaisir le jury selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité. Conformément à ce principe, j'estime que le «juge de paix» doit renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès chaque fois qu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité.

Plus loin, après s'être référé au commentaire du juge du procès portant que la preuve offerte était «manifestement peu digne de foi», il ajoute, à la p. 1087:

Avec égards, je ne puis admettre qu'un juge de première instance puisse dessaisir le jury et imposer l'acquiescement parce que, *selon lui*, la preuve est «manifestement peu digne de foi». Si tel était le droit, les jurés seraient privés de la fonction qui est la leur d'agir comme seuls juges de la véracité de la preuve, ce qui, à mon avis, serait contraire au rôle reconnu du jury dans notre système judiciaire.

Le juge Ritchie exposait ainsi ce qu'on a appelé «l'énoncé classique» de la règle applicable au Canada avant même que le *Code criminel* soit adopté. En cela, il adopte comme mesure de suffisance le concept de la preuve suffisante jusqu'à preuve contraire ou preuve *prima facie*, c.-à-d., la preuve de tous les points essentiels de l'inculpation qui, si elle était crue par le juge des faits et si elle n'était pas contestée, justifierait une déclaration de culpabilité.

Le juge Ritchie a fondé cette formulation du critère que doit appliquer le juge du procès sur un courant de jurisprudence qui remonte à aussi loin que 1788. Dans l'arrêt *R. v. Atwood and Robbins*

recognized, at pp. 334-35, in the words of Buller J.:

The distinction between the competency and the credit of a witness has been long settled. If a question be made respecting his competency, the decision of that question is the exclusive province of the Judge; but if the ground of the objection go to his credit only, his testimony must be received and left with the Jury, under such directions and observations from the Court as the circumstances of the case may require, to say whether they think it sufficiently credible to guide their decision on the case.

This is consistent with the well-known expression of the rule in *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193, where Lord Cairns L.C. said, at p. 197:

The Judge has a certain duty to discharge, and the jurors have another and a different duty. The Judge has to say whether any facts have been established by evidence from which negligence *may be* reasonably inferred; the jurors have to say whether, from those facts, when submitted to them, negligence *ought to be* inferred. It is, in my opinion, of the greatest importance in the administration of justice that these separate functions should be maintained, and should be maintained distinct.

These words, though spoken in a civil case, were held to be applicable in a criminal case in this Court in *R. v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172 at p. 174.

In other early cases the rule was stated and applied: see *R. v. Dowsey* (1866), 6 N.S.R. 93. This was a charge of murder committed on a ship at sea. The only issue on the appeal was whether the case should have been left to the jury. At page 119, Dodd J. said:

The facts of the case were for the jury, and if there was any legal evidence upon which they could assume the guilt of the prisoner, it was within their province to do so ... If there was any legal evidence against a party charged with a criminal offence, the case cannot be withdrawn from the jury.

(1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334, il a été reconnu, aux pp. 334 et 335, pour reprendre les termes du juge Buller, que:

^a [TRADUCTION] La distinction entre un témoin compétent et un témoin digne de foi est depuis longtemps établie. Si c'est sa compétence à témoigner qui est en cause, la décision sur cette question relève exclusivement du juge; mais si l'opposition à son témoignage porte sur sa crédibilité uniquement, il faut recevoir sa déposition et, après avoir adressé les directives et les remarques appropriées dans les circonstances, il faut laisser au jury le soin de décider si le témoignage lui semble suffisamment digne de foi pour guider sa décision en l'espèce.

^c Cela est conforme à l'énoncé bien connu qui est donné de la règle dans l'arrêt *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193, où le lord chancelier Cairns affirme, à la p. 197:

^d [TRADUCTION] Le juge doit remplir certaines fonctions et les jurés d'autres. Le juge doit d'abord décider si *on peut* raisonnablement, au vu de la preuve, conclure à la négligence; les jurés doivent pour leur part décider si *on doit* conclure, au vu de la preuve, à la négligence. Il est, à mon avis, primordial aux fins de l'administration de la justice non seulement que ces rôles séparés soient maintenus mais qu'ils demeurent distincts.

^f Ces propos, quoique tenus dans une affaire civile, ont été jugés applicables à une affaire criminelle par cette Cour dans l'arrêt *R. v. Morabito*, [1949] R.C.S. 172, à la p. 174.

^g La règle avait déjà été énoncée et appliquée dans d'autres précédents anciens: voir *R. v. Dowsey* (1866), 6 N.S.R. 93, où il était question d'une accusation de meurtre commis en mer à bord d'un navire. La seule question en litige dans l'appel consistait à déterminer si la preuve aurait dû être soumise à l'appréciation du jury. À la p. 119, le juge Dodd dit:

ⁱ [TRADUCTION] Les faits de l'affaire devaient être soumis à l'appréciation du jury, et s'il y avait quelque preuve légale les autorisant à présumer que le détenu était coupable, il était de leur compétence de le faire ... S'il existe quelque preuve légale contre une partie inculpée d'une infraction criminelle, le jury ne peut en être dessaisi.

In *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352, in the Ontario Supreme Court where evidence given by a rape victim was weak, MacMahon J. said, at p. 357:

So in the case in hand we may consider the evidence of the prosecutrix weak; we may, in view of the admissions made during the trial, consider some of the statements made against the prisoners Herman and George as improbable; but the probable truth or falsity of the statements was for the consideration of the jury, and although we may think they did not exercise a sound judgment in reaching their verdict, we cannot say there was no evidence to be submitted to them, and therefore the learned Judge was not bound to withdraw the case from the jury.

In this Court in *Girvin v. The King* (1911), 45 S.C.R. 167, the *prima facie* test was applied, at p. 169, in the words of Sir Charles Fitzpatrick C.J.:

I have always understood the rule to be that the Crown, in a criminal case, is not required to do more than produce evidence which, if unanswered, and believed, is sufficient to raise a *prima facie* case upon which the jury might be justified in finding a verdict.

It will be seen from the foregoing that the rule enunciated by Ritchie J. in *Shephard* has a long and respectable ancestry, firmly rooted in the concept that the functions of judge and jury are separate and distinct. The confusion which has arisen in this matter stems largely from the words of Sir Lyman Duff C.J. in *R. v. Comba, supra*, where, after expressing the view, at p. 397, that the rule in *Hodge's Case* relating to the treatment of circumstantial evidence applied as part of the law of Canada, he said:

We have no doubt that the facts adduced have not the degree of probative force that is required in order to satisfy the test formulated by this rule; which is one that courts of justice in Canada are governed by and are bound to apply.

We agree with the majority in the Court of Appeal, whose reasons for their judgment we find convincing and conclusive, that the learned trial judge ought, on the application made by counsel for the prisoner at the close of the evidence for the Crown, to have told the jury that,

Dans l'arrêt de la Cour suprême de l'Ontario *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352, dans lequel le témoignage de la victime d'un viol était faible, le juge MacMahon affirme, à la p. 357:

^a [TRADUCTION] Ainsi en l'espèce nous pouvons considérer que le témoignage de la partie poursuivante est faible; nous pouvons, compte tenu des aveux faits au procès, estimer que certaines des déclarations faites contre les détenus Herman et George sont improbables; ^b mais la véracité ou la fausseté probable des déclarations devait être appréciée par les membres du jury et, bien que nous puissions penser qu'ils n'ont pas fait preuve d'un bon jugement en rendant leur verdict, nous ne pouvons dire qu'il n'existait aucune preuve à leur soumettre et, par conséquent, le savant juge n'était pas tenu ^c de dessaisir le jury de l'affaire.

La Cour, dans l'arrêt *Girvin v. The King* (1911), 45 R.C.S. 167, a appliqué le critère de la preuve ^d *prima facie*, à la p. 169, comme l'affirme le juge en chef sir Charles Fitzpatrick:

[TRADUCTION] J'ai toujours compris qu'il est de règle que la poursuite, dans une affaire criminelle, n'est requise de soumettre que des éléments de preuve qui, si ^e on ne les conteste pas et s'ils sont crus, sont suffisants pour créer une preuve *prima facie* en fonction de laquelle le jury pourrait être justifié de rendre un verdict.

^f On constate d'après ce qui précède que la règle énoncée par le juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard* avait une longue et respectable histoire, profondément enracinée dans l'idée que les fonctions du juge et du jury sont séparées et distinctes. La ^g confusion suscitée à cet égard provient dans une large mesure des propos du juge en chef sir Lyman Duff dans l'arrêt *R. v. Comba*, précité, où, après avoir exprimé l'avis, à la p. 397, que la règle de l'affaire *Hodge* en matière de traitement des éléments de preuve indirecte s'applique comme partie ^h intégrante de la loi du Canada, il dit:

[TRADUCTION] Nous n'avons aucun doute que les faits soumis n'ont pas la force probante qu'il faut pour ⁱ satisfaire au critère formulé par cette règle, qui régit les cours de justice au Canada et qu'elles sont tenues d'appliquer.

Nous sommes d'accord avec les juges formant la majorité de la Cour d'appel, dont nous considérons les motifs de jugement convaincants et décisifs, pour dire que le savant juge du procès aurait dû, à la demande de l'avocat du détenu, après la présentation de la preuve de

in view of the dubious nature of the evidence, it would be unsafe to find the prisoner guilty, and to have directed them to return a verdict of acquittal accordingly. It is not, and could not, with any plausibility, be suggested that the case for the Crown was in any way strengthened or improved by the evidence put before the jury on behalf of the defence.

The appeal is dismissed.

The full significance of these words cannot be understood without a careful consideration of what happened at the trial and on the appeal.

The case concerned the murder of a young girl. Comba was charged and convicted. The case against him was entirely circumstantial and, while facts were revealed which could have been consistent with guilt, nothing was shown which was not equally consistent with innocence. The appeal to the Court of Appeal was heard by five judges ([1938] O.R. 200). Middleton J.A. wrote the principal judgment for the majority, with shorter concurring judgments by Masten, Fisher and Henderson J.J.A. Latchford C.J.A. dissented. The appeal was allowed. The conviction was quashed and the accused was acquitted. Middleton J.A. examined very closely the evidence led at trial. Before doing so, he referred to the rule in *Hodge's Case* and noted that it had been approved in this Court in *Fraser v. The King*, [1936] S.C.R. 1. He referred to Rinfret J.'s quotation of the rule in that case from Wills, *On Circumstantial Evidence*, in these terms:

In order to justify the inference of guilt, the inculpatory facts must be incompatible with the innocence of the accused and incapable of any other reasonable hypothesis than that of guilt.

He added that it was not enough that the facts are consistent with guilt. Middleton J.A. then proceeded to examine closely the nine distinct points relied upon by the Crown to support its case, and he found in each case that the evidence was not inconsistent with Comba's innocence. He referred again to *Fraser v. The King*, [1936] S.C.R. 296, and quoted the words of Rinfret J. (as he then

la poursuite, dire au jury que, vu la nature douteuse de la preuve offerte, il serait dangereux de déclarer le détenu coupable, et qu'il aurait dû lui imposer un verdict d'acquiescement en conséquence. On ne peut, et on ne pouvait, en toute vraisemblance, laisser entendre que la preuve de la poursuite se trouvait de quelque manière renforcée ou améliorée par celle dont la défense avait saisi le jury.

Le pourvoi est rejeté.

On ne peut saisir toute l'importance de ces mots sans examiner attentivement ce qui s'est passé au procès et en appel.

L'affaire concernait le meurtre d'une jeune fille. Comba fut accusé et reconnu coupable. La preuve qui pesait contre lui était entièrement indirecte et, bien que certains faits révélés auraient pu être compatibles avec sa culpabilité, rien n'avait été démontré qui n'était pas également compatible avec son innocence. Cinq juges ont été saisis de l'appel interjeté à la Cour d'appel ([1938] O.R. 200). Le juge Middleton a écrit les motifs principaux de la cour à la majorité et des motifs concordants plus courts ont été rédigés par les juges Masten, Fisher et Henderson. Le juge en chef Latchford était dissident. L'appel a été accueilli. La déclaration de culpabilité a été annulée et l'accusé acquitté. Le juge Middleton a examiné très attentivement la preuve administrée au procès. Mais avant de le faire, il a mentionné la règle de l'affaire *Hodge*, soulignant qu'elle avait été approuvée par cette Cour dans l'arrêt *Fraser v. The King*, [1936] R.C.S. 1. Il s'est ensuite référé à la citation de la règle par le juge Rinfret dans cette affaire, tirée de Wills, *On Circumstantial Evidence*, que voici:

[TRADUCTION] Afin de justifier une déduction de culpabilité, les faits qui tendent à incriminer doivent être incompatibles avec l'innocence du prévenu et avec toute autre hypothèse raisonnable si ce n'est la culpabilité.

Il a ajouté qu'il ne suffit pas que les faits soient compatibles avec la culpabilité. Puis il a examiné soigneusement les neuf points distincts sur lesquels s'appuyait la preuve du ministère public, pour constater que dans chaque cas la preuve offerte n'était pas incompatible avec l'innocence de Comba. Il s'est référé de nouveau à l'arrêt *Fraser v. The King*, [1936] R.C.S. 296, et a cité le juge

was), speaking for the Court in the *Fraser* case, at pp. 300-01:

It would appear, therefore, that, when the evidence in a criminal case is purely circumstantial and at the same time equally consistent with the innocence as with the guilt of the accused, the Court of Criminal Appeal in England regards that evidence as insufficient to justify the jury in convicting, holds the verdict unsatisfactory and quashes the conviction, on the ground that it cannot be supported, having regard to the evidence.

Middleton J.A. then stated (at p. 212):

Upon this principle of law it is evident to the majority of the Court that this verdict must be set aside and the verdict of acquittal recorded.

The other judges of the majority agreed with Middleton J.A. Masten J.A. said, at p. 213:

I agree in the conclusion that the conviction must be quashed on the ground that the Crown's evidence is not incompatible with the innocence of the accused.

Fisher J.A. concluded his concurring reasons with the words (at p. 214):

My conclusion is that the evidence is as consistent with the accused's innocence as with his guilt, and that the jury was not justified in making the finding it did.

Henderson J.A. entirely concurred with Middleton J.A. and said, at p. 215:

The chain of events is consistent with his innocence and inconsistent with his guilt.

It is evident then that all four judges of the majority considered and applied the rule in *Hodge's Case* to the evidence which had been led at trial. They all found that the evidence was as consistent with innocence as with guilt. Thus, it will be seen that *Comba*, as decided in the Ontario Court of Appeal, is a 'no evidence' case and not inconsistent with the line of authority which culminates with Ritchie J. in *Shephard*. It is in this context that one must consider the words of Sir Lyman Duff C.J. in *Comba* in the Supreme Court of Canada. At page 397, he restated the test from *Hodge's Case* in these words:

Rinfret (alors juge puîné), qui s'exprime au nom de la Cour dans l'arrêt *Fraser*, aux pp. 300 et 301:

[TRADUCTION] Il semblerait donc que, lorsque la preuve administrée dans une affaire criminelle est purement indirecte et compatible à la fois avec l'innocence et avec la culpabilité du prévenu, la Cour d'appel d'Angleterre, division criminelle, considère cette preuve comme insuffisante pour permettre au jury de conclure à la culpabilité, tient le verdict pour insatisfaisant et annule la déclaration de culpabilité pour le motif qu'elle ne peut être justifiée compte tenu de la preuve soumise.

Le juge Middleton dit alors (à la p. 212):

[TRADUCTION] En vertu de ce principe de droit, il est évident, pour la majorité des juges de la cour, qu'il faut annuler ce verdict et inscrire un verdict d'acquiescement.

Les autres juges formant la majorité ont souscrit à l'avis du juge Middleton. Le juge Masten affirme, à la p. 213:

[TRADUCTION] Je suis d'accord pour conclure que la déclaration de culpabilité doit être annulée pour le motif que la preuve du ministère public n'est pas incompatible avec l'innocence de l'accusé.

Le juge Fisher conclut son opinion concordante en ces termes (à la p. 214):

[TRADUCTION] Ma conclusion est que la preuve administrée est tout aussi compatible avec l'innocence de l'accusé qu'avec sa culpabilité et que le jury n'était pas justifié de conclure comme il l'a fait.

Le juge Henderson a souscrit entièrement à l'avis du juge Middleton, disant, à la p. 215:

[TRADUCTION] La suite des événements est compatible avec son innocence et incompatible avec sa culpabilité.

Il est donc évident que les quatre juges formant la majorité ont tous pris en considération la règle de l'affaire *Hodge* qu'ils ont appliquée à la preuve administrée au cours du procès. Ils ont tous conclu que cette preuve était tout autant compatible avec l'innocence qu'avec la culpabilité de l'accusé. Ainsi, on peut constater que l'arrêt *Comba*, comme en a jugé la Cour d'appel de l'Ontario, est un cas où il n'y a «aucune preuve» et qu'il n'est pas incompatible avec le courant de jurisprudence qui a atteint son point culminant avec le juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard*. C'est dans ce contexte que l'on doit examiner les propos du juge en chef sir Lyman Duff dans l'arrêt *Comba* de la Cour suprême du Canada. À la p. 397, il reprend ainsi le critère de l'affaire *Hodge*:

It is admitted by the Crown, as the fact is, that the verdict rests solely upon a basis of circumstantial evidence. In such cases, by the long settled rule of the common law, which is the rule of law in Canada, the jury, before finding a prisoner guilty upon such evidence, must be satisfied not only that the circumstances are consistent with a conclusion that the criminal act was committed by the accused, but also that the facts are such as to be inconsistent with any other rational conclusion than that the accused is the guilty person.

He then concluded that the facts did not have the probative force required to satisfy the rule. He expressed agreement with the majority of the Court of Appeal, whose reasons he found convincing and conclusive, that the trial judge should have told the jury that "in view of the dubious nature of the evidence, it would be unsafe to find the prisoner guilty, and to have directed them to return a verdict of acquittal accordingly". These are the words that from time to time have caused uncertainties. It has been suggested that the use of the word 'dubious' has given the trial judge a power or discretion to weigh and consider the quality of the evidence and to remove it from the jury's consideration. In my view, no such result occurred. The word 'dubious', as used here, must be considered in the context of the whole case and, particularly, the judgment of the majority of the Ontario Court of Appeal which Sir Lyman Duff C.J. specifically approved. The evidence was dubious only because in the application of the test in *Hodge's Case* it cast the balance neither way. It led to no result and left no evidence upon which a conclusion could be based. It is evident then that like the Court of Appeal, this Court treated *Comba* as a 'no evidence' case. It is then consistent with past authority. Accordingly, there is no authority from this Court which is inconsistent with *Shephard*.

I am aware, of course, that in *R. v. Knox*, [1968] 2 C.C.C. 348, and *R. v. Sawrenko* (1971), 4 C.C.C. (2d) 338, the British Columbia Court of Appeal and the Court of Appeal for the Yukon Territory held that, when faced with a motion for a directed verdict in a case dependent on circum-

[TRANSDUCTION] Le ministère public admet qu'en fait, le verdict repose uniquement sur une preuve indirecte. Dans de tels cas, conformément à la règle de *common law* établie depuis longtemps, qui est le principe en vigueur au Canada, le jury, avant de conclure à la culpabilité d'un prisonnier sur la foi d'une preuve indirecte, doit être convaincu non seulement que les faits sont compatibles avec la culpabilité de l'inculpé, mais encore que toute autre conclusion serait illogique.

Il conclut alors que les faits n'ont pas la force probante requise pour satisfaire à la règle. Il est d'accord avec les juges formant la majorité de la Cour d'appel, dont il considère les motifs de jugement convaincants et décisifs, pour dire que le juge du procès aurait dû dire au jury que «vu la nature douteuse de la preuve offerte, il serait dangereux de déclarer le détenu coupable, et qu'il aurait dû lui imposer un verdict d'acquiescement en conséquence». Ce sont là les termes qui, à l'occasion, ont suscité de l'incertitude. On a prétendu que l'emploi du terme «douteux» avait conféré au juge du procès un pouvoir discrétionnaire d'évaluer et d'examiner la qualité de la preuve administrée et d'en dessaisir le jury. À mon avis, il n'en n'est pas ainsi. Le terme «douteux», employé ici, doit être examiné en fonction de toute l'affaire et, en particulier, de l'arrêt des juges formant la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario, que le juge en chef sir Lyman Duff a expressément approuvé. La preuve offerte était douteuse uniquement parce que l'application du critère de l'affaire *Hodge* ne faisait pencher la balance ni d'un côté ni de l'autre. Elle ne conduisait à aucun résultat et il n'en découlait aucune preuve susceptible de servir de fondement à une conclusion. Il est donc évident que, tout comme la Cour d'appel, notre Cour a considéré l'arrêt *Comba* comme une affaire où il n'y avait «aucune preuve». Il est donc compatible avec la jurisprudence antérieure. En conséquence, il n'existe aucun précédent de notre Cour qui soit incompatible avec l'arrêt *Shephard*.

Je sais bien, naturellement, que dans les arrêts *R. v. Knox*, [1968] 2 C.C.C. 348, et *R. v. Sawrenko* (1971), 4 C.C.C. (2d) 338, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel du territoire du Yukon ont jugé que, lorsqu'il est saisi d'une requête en obtention d'un verdict imposé

stantial evidence, it was the duty of the trial judge to decide whether the evidence satisfied the rule in *Hodge's Case*. Only if it did, was the case to go to the jury for determination of guilt or innocence. In this sense a weighing process or an assessment of quality was contemplated on the part of the judge. Those cases, however, were effectively overruled in this Court in *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181, and *Lavoie v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 193, and even in circumstantial cases the law now is that any determination as to compliance with the rule in *Hodge's Case* would be left to the jury.

The significance of all this is now somewhat limited because of this Court's decision in *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860, which has placed the rule in *Hodge's Case* into the general consideration of reasonable doubt. In any event on the law as it stood when *Comba* was decided, it is clear that Sir Lyman Duff C.J. was treating circumstantial evidence, which did not comply with the rule in *Hodge's Case*, as no evidence at all going to show guilt. In this, he was not disturbing the long line of authority against directed verdicts where there was some evidence of guilt.

Reliance was placed in argument upon the judgment of the Court of Appeal of Alberta in *R. v. Duhamel*, *supra*, and the English case of *R. v. Turnbull*, *supra*, upon which it is largely based. In *Turnbull*, Lord Widgery C.J., for the Court of Appeal, Criminal Division (Roskill, Lawton L.J.J., Cusack and May J.J.), stressed the dangers of injustice that can arise and in some cases have arisen because of errors made in visual identification of persons charged with crime. At the same time, he was at pains to make it clear that visual identification could not be eliminated as admissible evidence in criminal proceedings. He dwelt at length on the nature and scope of the directions which a trial judge should give to a jury which had to deal with evidence of visual identification, and he said that failure to give an adequate direction could result in convictions being quashed. In all, he

dans une affaire qui repose sur une preuve indirecte, il est du devoir du juge du procès de décider si cette preuve satisfait à la règle de l'affaire *Hodge*. Ce n'est que si elle y satisfait que le jury doit en être saisi en vue de décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. En ce sens, un processus d'évaluation ou d'examen de la qualité de la preuve est envisagé pour le juge. Toutefois, cette jurisprudence a effectivement été rejetée par cette Cour dans les arrêts *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181, et *Lavoie c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 193, et même dans les affaires qui reposent sur une preuve indirecte, la règle qui s'applique maintenant porte que toute décision quant au respect de la règle de l'affaire *Hodge* relève du jury.

L'importance de tout ceci est maintenant quelque peu limitée en raison de l'arrêt de cette Cour *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860, qui situe la règle de l'affaire *Hodge* dans le contexte général du doute raisonnable. Quoi qu'il en soit, selon l'état du droit en vigueur à l'époque de l'arrêt *Comba*, il est clair que le juge en chef sir Lyman Duff considérait qu'une preuve indirecte qui ne respectait pas la règle de l'affaire *Hodge* constituait une absence totale de preuve démontrant la culpabilité. En cela, il ne dérogeait pas au courant de jurisprudence ancien, qui interdisait les verdicts imposés lorsqu'il existait des éléments de preuve de culpabilité.

Au cours du débat on a invoqué l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta *R. v. Duhamel*, précité, et l'arrêt anglais *R. v. Turnbull*, précité, sur lequel il est largement fondé. Dans l'arrêt *Turnbull*, le juge en chef lord Widgery, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, division criminelle (les lords juges Roskill et Lawton et les juges Cusack et May), a souligné les dangers d'injustice qui peuvent être engendrés et qui dans certains cas l'ont été par suite d'erreurs commises lors d'identifications visuelles de personnes accusées d'un crime. Mais en même temps, il a pris la peine de faire clairement entendre qu'une identification visuelle ne peut être éliminée en tant que preuve admissible dans une instance criminelle. Il s'est étendu sur la nature et la portée des directives que le juge du procès doit donner à un jury qui est appelé à examiner une preuve d'identification visuelle et il a

was referring to what he described as the quality of the evidence. He said, at p. 552:

If the quality is good and remains good at the close of the accused's case, the danger of a mistaken identification is lessened; but the poorer the quality, the greater the danger.

It is impossible to disagree with Lord Widgery C.J. when he speaks of the danger of error in visual identification. Nobody could disagree with his assertion of the need for a careful and complete direction to the jury with regard to their treatment of such evidence. When, however, he introduces the suggestion that the trial judge should consider the quality of the evidence and, where he finds it wanting, take the case from the jury, he enters more controversial ground and authorizes the trial judge to encroach upon the jury's territory. Such a step blurs or even obliterates the clear line separating the functions of judge and jury. Questions of credibility and the weight that should be given to evidence are peculiarly the province of the jury. The term 'quality', as applied by Lord Widgery C.J., is really nothing more than a synonym for 'weight'. To consider it, the trial judge exceeds his function. I am fully aware that untruthfulness on the part of a witness is not the only factor which may render his evidence weak or even useless. The most honest witness may be mistaken or, by external interference or distraction or by lack of opportunity to observe, the value of his evidence may be diminished or even eliminated so that it should receive little if any weight. All these considerations affect the weight of the evidence and the jury, twelve indifferent persons who must be unanimous to convict the accused, may with a careful direction from the trial judge take account of all these relevant factors and reach a conclusion with at least as much reliability as a single judge.

affirmé que le défaut de donner des directives adéquates peut entraîner l'annulation de déclarations de culpabilité. Somme toute, il se référerait à ce qu'il a appelé la qualité de la preuve. Il dit, à la p. 552:

[TRADUCTION] Si cette qualité est bonne et le demeure jusqu'à la fin de la présentation de la preuve de l'accusé, le danger d'erreur d'identification est réduit; mais plus la preuve est de piètre qualité plus grand est le danger.

Il est impossible de ne pas être d'accord avec le juge en chef lord Widgery lorsqu'il parle du danger d'erreur que comporte une identification visuelle. Personne ne peut être en désaccord avec lui lorsqu'il insiste sur la nécessité de donner au jury des directives complètes et minutieuses sur la façon dont il doit traiter une telle preuve. Toutefois, lorsqu'il laisse entendre que le juge du procès devrait examiner la qualité de la preuve pour en dessaisir le jury s'il la juge insuffisante, il s'avance sur un terrain plus glissant car il autorise alors le juge à empiéter sur le domaine de compétence du jury. Une telle démarche estompe, voire même supprime, la ligne de démarcation claire qui existe entre les fonctions du juge et celles du jury. Les questions de la crédibilité et du poids qu'il faut accorder à un témoignage relèvent exclusivement de la compétence du jury. Le terme «qualité», dans le sens que lui donne le juge en chef lord Widgery, n'est en réalité rien de plus qu'un synonyme de «poids». En l'examinant, le juge excède ses fonctions. Je suis parfaitement conscient que ce n'est pas uniquement lorsqu'un témoin n'est pas sincère que son témoignage peut être faible ou même inutile. Le témoin le plus honnête peut se tromper ou, par suite d'une intervention extérieure, d'une distraction ou du manque de possibilité d'observer, la valeur de son témoignage peut être diminuée et même anéantie, ce qui justifie alors de ne lui donner que peu ou pas de poids. Toutes ces considérations influent sur le poids à donner au témoignage et le jury, composé de douze personnes neutres qui doivent être unanimes pour déclarer l'accusé coupable, peut, après avoir reçu des directives minutieuses du juge du procès, tenir compte de tous ces facteurs pertinents et tirer une conclusion au moins aussi fiable que celle d'un juge siégeant seul.

I do not adopt this position "out of deference to the verdict of a jury". I do so because it merely accords with the duty the law has imposed upon juries. There may have been a time when a paternalistic approach to unsophisticated jurors was justified. That time is now past and modern jurors represent a well-educated, well-informed and experienced cross-section of our society. If it is unsafe to preserve in today's world the distinction between the functions of a judge and a jury, that fact would count as an argument for the entire abolition of the jury system rather than for a mere change in the law relating to the extent of the jury's role. This would be a development that I would much regret.

Turning to the case at bar, it is acknowledged that there was direct evidence of identification. It should have been left to the jury, with a proper caution in the terms suggested in *Turnbull*. I would therefore dismiss the appeal and confirm the direction for a new trial. I agree with Hall J.A. that any question regarding the allegedly improper police procedures in connection with the later identification in the courtroom should be left for the new trial.

The reasons of Lamer and La Forest JJ. were delivered by

LAMER J. (*dissenting*)—The issue in this appeal can be simply stated as follows: Did the trial judge err in law in directing a verdict of acquittal despite the fact that there was some evidence as to the identification of the accused?

The appellant was tried for rape before a jury in the Court of Queen's Bench of Manitoba. The accused at trial and throughout does not contest the fact that the victim was raped. He takes issue solely with her identification of him as her assailant. She was the only witness as regards that issue. At the close of the Crown's case, Wright J. granted a motion for a directed verdict of acquittal. The Court of Appeal, one judge dissenting, allowed the Crown's appeal and ordered a new trial: (1983), 35 C.R. (3d) 272. The accused comes to this Court

Je n'adopte pas cette position «par respect envers le verdict d'un jury». Je le fais simplement parce qu'elle est conforme à l'obligation que la loi impose au jury. Il y a peut-être eu un temps où une attitude paternaliste envers des jurés naïfs était justifiée. Cette époque est maintenant révolue et les jurés modernes représentent une couche bien éduquée, bien informée et expérimentée de notre société. S'il était dangereux de maintenir de nos jours la distinction entre les fonctions d'un juge et celles du jury, cela serait jugé comme un argument en faveur de l'abolition complète du système de jury, plutôt que comme une simple modification du droit relatif à l'étendue du rôle du jury. Ce serait là un événement que je regretterais beaucoup.

Pour en revenir à l'espèce, on reconnaît qu'il y a une preuve directe d'identification. On aurait dû laisser le jury l'apprécier, après lui avoir fait une mise en garde appropriée de la manière proposée dans l'arrêt *Turnbull*. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès. Je suis d'accord avec le juge Hall de la Cour d'appel pour dire que toute question concernant les procédures prétendument irrégulières de la police, relativement à l'identification subséquente dans la salle d'audience, doit être examinée dans le cadre du nouveau procès.

Version française des motifs des juges Lamer et La Forest rendus par

LE JUGE LAMER (*dissident*)—La question soulevée par le présent pourvoi peut s'énoncer simplement ainsi: Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en imposant un verdict d'acquiescement même s'il y avait des éléments de preuve quant à l'identification de l'accusé?

L'appellant a subi son procès pour viol devant un jury en Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Au procès et en appel, l'accusé n'a pas contesté le fait que la victime a été violée. Il conteste seulement l'identification qu'elle en a faite comme étant son assaillant. Elle a été le seul témoin relativement à cette question. À la fin de la présentation de la preuve de la poursuite, le juge Wright a fait droit à une requête visant à obtenir un verdict imposé d'acquiescement. La Cour d'appel, dont un juge a été dissident, a accueilli l'appel de la pour-

as of right under s. 618(2)(a) of the *Criminal Code*.

The Facts

On June 13, 1982, at approximately 12:45 a.m., the complainant was walking down Water Avenue in Winnipeg. She was attacked by a man who grabbed her around the neck and pulled her behind the C.N.R. sheds on Water Avenue, where he proceeded to sexually assault her. The complainant managed to escape and ran to the street where she was rescued by a passing motorist. According to the complainant, the entire incident took about twenty minutes. The complainant stated that before being dragged behind the shed she had an opportunity to see the man's face when he was beside her and that she had a front view of his face long enough to see him. She admitted it was dark behind the shed area but said that she was still able to see her attacker's face.

The most comprehensive summary of the identification evidence is to be found in Matas J.A.'s reasons in the Court of Appeal at pp. 278-81:

The complainant described her assailant to the police on three occasions. The first description was given in the early morning of 13th June, a short time after the attack. Later in the day, at about 2:00 p.m., the complainant gave a description to a different police officer. And on 17th June, she described her assailant to a police artist in order to have a sketch prepared.

At the first interview, according to the police officer, the attacker was described as male, white, 26 years old, with a chubby build, squinty eyes, a large mouth and dark short hair. (The police officer noted this description of the assailant's hair because the complainant said that the hair came to the top of the assailant's ears.) The assailant was said to be wearing a blue coat, blue jeans and suede shoes.

At the second interview, the police officer was told that the assailant was male, white, 26 years of age, 5 feet 9 inches to 5 feet 10 inches, with a heavy build, chunky and muscular, squinty eyes, that he had dark hair just below the ears, and that he was wearing blue jeans, dark-coloured shoes, a light-coloured T-shirt, and

suite et ordonné un nouveau procès: (1983), 35 C.R. (3d) 272. L'accusé se pourvoit de plein droit devant cette Cour conformément à l'al. 618(2)a) du *Code criminel*.

Les faits

Le 13 juin 1982, vers 0 h 45, la plaignante marchait seule sur l'avenue Water à Winnipeg. Elle a été attaquée par un homme qui l'a empoignée par le cou, l'a traînée derrière les hangars du CN sur l'avenue Water et l'a agressée sexuellement. La plaignante a réussi à s'échapper et a couru vers la rue où un automobiliste qui passait lui a porté secours. Selon la plaignante, tout l'incident a duré environ 20 minutes. La plaignante a déclaré qu'avant d'être traînée derrière le hangar elle a eu la possibilité de voir le visage de l'individu alors qu'il était à côté d'elle et qu'il a exposé suffisamment son visage en face d'elle pour qu'elle ait le temps de le voir. Elle a reconnu qu'il faisait noir derrière le hangar, mais elle a affirmé qu'elle avait quand même été capable de voir le visage de son assaillant.

Le résumé le plus complet de la preuve d'identification se trouve dans les motifs du juge Matas de la Cour d'appel, aux pp. 278 à 281:

[TRADUCTION] La plaignante a décrit son agresseur à la police à trois reprises. Elle a donné la première description tôt dans la matinée du 13 juin peu de temps après l'agression. Plus tard dans la journée, vers 14 h, la plaignante a donné une description de l'individu à un autre agent de police. Puis le 17 juin, elle a décrit son agresseur à un dessinateur de la police pour qu'il en fasse un portrait-robot.

Au cours de la première entrevue, selon l'agent de police, l'assaillant a été décrit comme un blanc de sexe masculin, âgé de 26 ans, trapu, aux yeux louches, ayant une grande bouche et des cheveux noirs et courts. (L'agent de police a pris note de la description des cheveux de l'assaillant parce que la plaignante a dit que les cheveux de l'assaillant lui allaient à l'extrémité supérieure des oreilles.) L'assaillant portait, selon elle, un veston bleu, des blue-jeans et des souliers de suède.

Au cours de la deuxième entrevue, elle a dit à l'agent de police que l'assaillant était un blanc, de sexe masculin, âgé de 26 ans, mesurant entre 5 pieds 9 pouces et 5 pieds 10 pouces, de forte taille, trapu et musclé, aux yeux louches, qu'il avait les cheveux noirs qui lui descendaient juste au-dessous de l'oreille et qu'il portait des

a blue three quarter-length smock-type jacket with large patch pockets on each side.

The complainant did not say anything about eye colour or skin tone or colour. At the trial, she admitted she would not have been able to give that information because the attacker was always in a dark area and it was difficult to tell colours.

The description given by the complainant to the police artist at the opening of their session was that the assailant was male, Caucasian (with 'some Indian mix'), 27 years of age, 5 feet 10 inches, over 200 pounds and muscular, and that he was wearing a three-quarter-length blue jacket, a beige-coloured T-shirt, jeans and "hush-puppy"-style shoes. This was the first time actual weight was mentioned and was the first reference to Indian background. Further discussion between the artist and the complainant resulted in the sketch which was filed in court as Ex. 1. The complainant said she thought that the sketch resembled her attacker but she had a feeling something was missing. At the trial, the artist said Mr. Mezzo did not appear to have an Indian background.

Mr. Mezzo was arrested on 27th June, 1982, about two weeks after the attack on the complainant in this case. The complainant and two police officers testified about the in-court or docket identification of Mr. Mezzo which took place on 28th June and 30th June, 1982.

It was not suggested to the complainant that she take part in an identification line-up.

Constable Steinthorson telephoned the complainant on 27th June to ask her to come to the Public Safety Building the next day for the courtroom identification. The complainant met Constable Steinthorson at 9:00 a.m. the next morning. Constable Steinthorson suspected Mr. Mezzo was her assailant. He knew Mr. Mezzo well enough to know what he looked like and to identify him. He told the complainant that they would be doing a courtroom identification; she was to accompany him to the courtroom, where a number of persons would appear. The complainant expected to see her attacker, but she did not know when. She also knew he was in jail.

At about 10:00 a.m. the complainant went into the courtroom. She sat on the left side of the public gallery, in the third row, with a rape crisis worker and Constable Steinthorson. The prisoners came into the courtroom from a door on the left. At about 10:45 a.m., when Mr.

blue-jeans, des souliers foncés, un t-shirt pâle, une veste trois-quarts de type sarrau avec de grandes poches appliquées de chaque côté.

La plaignante n'a rien dit à propos de la couleur de ses yeux ou de son teint. Au procès, elle a reconnu qu'elle n'aurait pas pu donner de renseignements à cet égard parce que son assaillant est resté dans l'obscurité et qu'il était difficile de distinguer les couleurs.

La description donnée par la plaignante au dessinateur de la police au début de leur entrevue portait que l'assaillant était de sexe masculin, de race blanche (avec «un mélange d'Indien»), âgé de 27 ans, mesurant 5 pieds 10 pouces, pesant plus de 200 livres, musclé et qu'il portait une veste bleue trois-quarts, un t-shirt beige, des jeans et des souliers à semelle gommée. C'était la première fois que le poids lui-même était mentionné et la première mention de l'ascendance indienne. La discussion qui s'est poursuivie entre le dessinateur et la plaignante a abouti au portrait-robot qui a été produit en cour comme pièce n° 1. La plaignante a dit qu'elle croyait que le portrait-robot ressemblait à son assaillant, mais qu'elle avait l'impression qu'il lui manquait quelque chose. Au procès, le dessinateur a dit que M. Mezzo ne semblait pas avoir d'ascendance indienne.

M. Mezzo a été arrêté le 27 juin 1982, environ deux semaines après l'agression commise sur la plaignante en l'espèce. La plaignante et deux agents de police ont déposé à propos de l'identification de M. Mezzo en cour ou au banc des accusés, qui a eu lieu les 28 et 30 juin 1982.

On n'a pas invité la plaignante à prendre part à une séance d'identification régulière.

L'agent Steinthorson a téléphoné à la plaignante le 27 juin pour lui demander de se présenter à l'édifice de la Sûreté générale le lendemain pour procéder à une identification en salle d'audience. La plaignante a rencontré l'agent Steinthorson à 9 h le lendemain matin. L'agent Steinthorson soupçonnait M. Mezzo d'être l'assaillant de la plaignante. Il connaissait suffisamment M. Mezzo pour savoir ce dont il avait l'air et pouvoir l'identifier. Il a dit à la plaignante qu'ils procéderaient à une identification en salle d'audience; elle devait le suivre à la salle d'audience où plusieurs personnes allaient comparaître. La plaignante s'attendait à voir son assaillant, mais ne savait pas à quel moment. Elle savait qu'il était en prison.

La plaignante est entrée dans la salle d'audience vers 10 h. Elle s'est assise du côté gauche de la tribune réservée au public, dans la troisième rangée, en compagnie d'un conseiller d'un centre d'aide aux victimes de viol et de l'agent Steinthorson. Les détenus se présen-

Mezzo, the fifth prisoner, came in and sat down, the police officer saw the complainant react visibly by shaking and moving from side to side. Mr. Mezzo was about 20 to 25 feet away from the complainant. He was in the courtroom about 90 seconds. Shortly after Mr. Mezzo's appearance, the complainant left the courtroom at the suggestion of the police officer.

The complainant told the police officer that Mr. Mezzo looked like her assailant but she was not sure. Nevertheless, Constable Steinthorson felt that the complainant had identified Mr. Mezzo as her attacker.

The complainant explained to the court that she had not been sure of the identification because her view of Mr. Mezzo was obstructed by a sheriff who was standing beside Mr. Mezzo. She said she did not get a good look at Mr. Mezzo for that reason.

The police were unable to say whether Mr. Mezzo's name was called, or whether the offence he was charged with was mentioned. No evidence was available about who the previous prisoners were or what they looked like. Constable Steinthorson agreed on cross-examination that: 'So as far as we know, the only individual who came forward that morning who was of the rough description that the complainant had originally given was Michael Mezzo.'

Later, the complainant received a call from Constable Legge, who said he wanted her to come in and identify some people. Constable Legge had become involved in the case on 27th June. In his direct examination he explained his purpose in this way:

"I indicated to her at that time that in the course of our investigation we had a suspect in the matter of the attack upon herself and we wished her to accompany myself to a courtroom on that day and to view all the persons in the courtroom that day to see if there is anything she could tell me about anyone in the courtroom."

On 30th June, Constable Legge and the complainant seated themselves in the courtroom in the first row, but this time on the right-hand side. They were 30 to 35 feet away from the prisoner. Although Constable Legge said he had asked the Crown attorney to arrange not to call Mr. Mezzo's name, the name was called. By coincidence, Mr. Mezzo was again the fifth person to come out of the one door into the courtroom. The complainant positively identified Mr. Mezzo as her assailant.

taient au tribunal par une porte située sur la gauche. Vers 10 h 45, lorsque M. Mezzo, le cinquième détenu, s'est présenté et s'est assis, l'agent a constaté que la plaignante a manifestement réagi par des tremblements et un balancement. M. Mezzo se trouvait à environ 20 ou 25 pieds de la plaignante. Il est resté dans la salle d'audience pendant environ 90 secondes. Peu après la comparution de M. Mezzo, la plaignante est sortie de la salle d'audience sur les conseils de l'agent de police.

La plaignante a dit à l'agent de police que M. Mezzo ressemblait à son assaillant, mais qu'elle n'était pas certaine. L'agent Steinthorson a néanmoins estimé que la plaignante avait identifié M. Mezzo comme étant son assaillant.

La plaignante a expliqué au tribunal qu'elle n'avait pas été certaine de l'identification parce que sa vue de M. Mezzo avait été voilée par un huissier qui se tenait à côté de lui. Elle a dit qu'elle n'avait pas pu bien voir M. Mezzo pour cette raison.

Les policiers ont été incapables de dire si on avait mentionné le nom de M. Mezzo ou encore l'infraction dont il était accusé. On n'a présenté aucun élément de preuve quant à l'identité des détenus précédents ni quant à leur apparence. L'agent Steinthorson a reconnu en contre-interrogatoire que «Pour autant que nous sachions, la seule personne qui s'est présentée ce matin-là et qui correspondait dans l'ensemble à la description que la plaignante avait d'abord donnée était Michael Mezzo.»

Plus tard, l'agent Legge a téléphoné à la plaignante et lui a demandé de venir identifier des personnes. L'agent Legge avait commencé à s'occuper de l'affaire le 27 juin. Dans son témoignage principal, il a expliqué ainsi ce qu'il recherchait:

«Je lui ai fait savoir à l'époque qu'au cours de notre enquête nous avions un suspect dans l'affaire de l'agression dont elle avait été victime et que nous voulions qu'elle m'accompagne à une salle d'audience ce jour-là et regarde toutes les personnes présentes dans la salle pour voir si elle avait quelque chose à me dire à propos de l'une ou l'autre d'entre elles.»

Le 30 juin, l'agent Legge et la plaignante se sont assis dans la première rangée de la salle d'audience, mais cette fois du côté droit. Ils étaient à 30 ou 35 pieds du détenu. L'agent Legge a dit que, même s'il avait demandé au substitut du procureur général de faire en sorte que le nom de M. Mezzo ne soit pas prononcé, il l'a quand même été. Par hasard, M. Mezzo était encore une fois la cinquième personne à entrer dans la salle d'audience par la porte en question. La plaignante a identifié formellement M. Mezzo comme étant son assaillant.

At the preliminary hearing, the complainant identified Mr. Mezzo as her assailant. The only people in the courtroom on that occasion were the judge, the Crown attorney, Mr. Mezzo's lawyer and Mr. Mezzo.

At the trial, the complainant identified a photograph of Mr. Mezzo, taken in June 1982, and identified the accused in the box. She described her assailant as 5 feet 8 inches to 5 feet 9 inches, 185 to 200 pounds, husky, 26 years of age, with dark black hair, ear-length, an oval face, squinty eyes, a long and pudgy nose, a full mouth and lips, and dark tone skin similar to native in racial origin. She said he had been wearing a beige T-shirt, blue jeans, dark suede shoes, and a navy blue jacket, three-quarter length, like a hip jacket, of heavy-weight nylon.

The description of the jacket corresponded to the jacket seized from Mr. Mezzo and filed in court as an exhibit. It was different from her earlier descriptions. And the description of Mr. Mezzo at the trial was more in accord with his actual appearance in June 1982 than the first descriptions given by the complainant to the police.

The Law

This Court's latest pronouncement as regards the test to be applied by a judge when deciding a motion for a directed verdict is to be found in the reasons of Ritchie J., writing for the majority in *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067. It was there reiterated that it was the same test as that to be applied by a Justice of the Peace when deciding whether to commit an accused to trial. That test is set out in s. 475 of the *Criminal Code* as being whether "in his opinion the evidence is" (or is not) "sufficient to put the accused on trial". Before this Court's decision in *Shephard*, that test had been interpreted in three different ways: the probable guilt test, the *prima facie* case test where the judge cannot weigh the evidence at all to determine sufficiency, and the *prima facie* test where the judge does weigh the evidence.

The *Shephard* decision has put to rest the debate between probable guilt as against the *prima facie* test, and comes down on the side of the proponents of the *prima facie* test. But while there was agreement as regards the exclusion of the

À l'enquête préliminaire, la plaignante a identifié M. Mezzo comme étant son assaillant. Les seules personnes présentes dans la salle d'audience à cette occasion étaient le juge, le substitut du procureur général, l'avocat de M. Mezzo et M. Mezzo lui-même.

Au procès, la plaignante a identifié une photographie de M. Mezzo prise en juin 1982 et a identifié l'accusé à la barre des témoins. Elle a décrit son assaillant comme mesurant entre 5 pieds 8 pouces et 5 pieds 9 pouces, pesant de 185 à 200 livres, costaud, ayant 26 ans, les cheveux noirs à la longueur des oreilles, le visage oval, les yeux louches, le nez rond et long, la bouche et les lèvres charnues, le teint foncé comme les Indiens. Elle a dit qu'il portait un t-shirt beige, des blue-jeans, des souliers de suède foncé, une veste trois-quarts marine, comme une veste à la hanche en gros nylon.

La description de la veste correspondait à celle qui a été saisie chez M. Mezzo et produite en cour comme pièce à conviction. Elle différait des descriptions antérieures données par la plaignante. La description de M. Mezzo donnée au procès correspondait plus à son apparence réelle en juin 1982 qu'aux premières descriptions données par la plaignante à la police.

Le droit

L'arrêt le plus récent de la Cour sur le critère qu'un juge doit appliquer pour statuer sur une requête en obtention d'un verdict imposé se trouve dans les motifs écrits, pour la Cour à la majorité, par le juge Ritchie dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Sheppard*, [1977] 2 R.C.S. 1067. On y répète que le critère est le même que celui que doit appliquer un juge de paix au moment de décider s'il y a lieu de renvoyer un prévenu à son procès. Ce critère est énoncé à l'art. 475 du *Code criminel* comme étant de savoir «si, à son avis, la preuve est suffisante pour faire passer la personne inculpée en jugement». Avant l'arrêt *Sheppard* de cette Cour, ce critère avait été interprété de trois façons différentes, savoir le critère de la culpabilité probable, le critère de la preuve *prima facie* où le juge ne peut évaluer la preuve pour en déterminer le caractère suffisant, et celui de la preuve *prima facie* où le juge évalue la preuve.

L'arrêt *Sheppard* a mis fin au débat portant sur le critère de la culpabilité probable par opposition à celui de la preuve *prima facie*, et penche en faveur de ceux qui préconisent le critère de la preuve *prima facie*. Mais bien que les juges aient

probable guilt test, the Court divided as to the formulation of the *prima facie* test and as to whether and to what extent the evidence could be weighed.

Ritchie J. stated that the test laid down in *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396, was limited to cases where the evidence was circumstantial and the test he laid down for the majority as to the "sufficiency" of the evidence is as follows, at p. 1080:

... whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty. The 'justice', in accordance with this principle, is, in my opinion, required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction.

In *Shephard*, an extradition case, the evidence was that of an accomplice who gave affidavit evidence in which he acknowledged that, if he co-operated and gave successful evidence against Shephard to the satisfaction of the American prosecuting authorities, all charges against him would be dropped. It was common ground, that the test to be applied by a judge in extradition matters is the same as that of a judge sitting at a preliminary inquiry or a judge deciding a motion for a directed verdict. I might mention that some cases have suggested that an extradition judge's discretion may be more restrictive, but this has no bearing on this case and I need not enter into that issue.

In *Shephard*, Ritchie J. said that (at p. 1084) "Credibility in my view must always be a question for the jury" and not the judge, and (at p. 1087) "I cannot accept the proposition that a trial judge is ever entitled to take a case from the jury and direct an acquittal on the ground that, in his opinion, the evidence is 'manifestly unreliable'."

The minority said the test was that which had been set out in *R. v. Comba*, *supra*. Spence J. writing for the minority said at p. 1076:

été d'accord pour exclure le critère de la culpabilité probable, la Cour a été divisée sur la question de la formulation du critère de la preuve *prima facie* et quant à savoir s'il fallait apprécier la preuve et dans quelle mesure on pouvait le faire.

Le juge Ritchie a affirmé que le critère énoncé dans l'arrêt *R. v. Comba*, [1938] R.C.S. 396, se limitait aux affaires où la preuve était indirecte, et le critère qu'il a formulé, au nom de la Cour à la majorité, relativement au «caractère suffisant» de la preuve, est décrit ainsi à la p. 1080:

... selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité. Conformément à ce principe, j'estime que le «juge de paix» doit renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès chaque fois qu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité.

Dans l'arrêt *Shephard*, qui est une affaire d'extradition, la preuve consistait en un affidavit signé par un complice qui reconnaissait que s'il coopérait et fournissait aux autorités américaines suffisamment d'éléments de preuve contre Shephard, toutes les accusations portées contre lui seraient retirées. On reconnaissait que le critère applicable par le juge en matière d'extradition est le même que celui que doit appliquer un juge qui tient une enquête préliminaire ou un juge appelé à statuer sur une requête en obtention d'un verdict imposé. Je pourrais mentionner que, dans certaines affaires, on a laissé entendre que le pouvoir discrétionnaire du juge en matière d'extradition peut être plus restrictif, mais cela n'a aucune importance en l'espèce et il ne m'est pas nécessaire d'aborder cette question.

Le juge Ritchie affirme, à la p. 1084 de l'arrêt *Shephard*, qu'à son avis il appartient au jury et non pas au juge «d'évaluer la preuve pour en déterminer la crédibilité», et il ajoute à la p. 1087, «je ne puis admettre qu'un juge de première instance puisse dessaisir le jury et imposer l'acquittement parce que, selon lui, la preuve est «manifestement peu digne de foi»».

Pour les juges formant la minorité, le critère applicable était celui énoncé dans l'arrêt *R. v. Comba*, précité. Le juge Spence, qui a rédigé l'avis de la minorité, affirme à la p. 1076:

I am of the opinion that the trial judge, upon considering whether he should direct a verdict at the close of the Crown's case, has a discretion to direct a verdict not confined only to those cases where the evidence was wholly circumstantial. Rather, his discretion is, in the words of Chief Justice Duff, 'whether the evidence is of such a dubious nature as to be dangerous'. In *Puerto Rico v. Hernandez*, *supra*, the evidence was dubious and dangerous to use as a basis for conviction because the witness purported to make observations which the learned trial judge believed were impossible. In the present case, the evidence is dangerous and dubious because it was given by a witness who was quite evidently acting in hope of a reward which had been promised to him in detail. I use Thurlow J.'s words in *Hernandez*, 'I find it inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence . . . '.

At first blush, Ritchie J.'s unqualified reference to "credibility" and "unreliability" could support the proposition that the weight to be given to a witness' testimony is the exclusive realm of the jury. But this interpretation does not survive a closer analysis of his reasons in *Shephard*.

The probative value, the weight to be given to a witness' testimony, is resultant of an assessment of (1) the witness' sincerity, honesty, and, (2) the witness' capacity to be accurate. When Ritchie J. in *Shephard*, refers to a witness' credibility, or to the reliability of the evidence, I take it, given the issue in that case, that he was referring to the witness' honesty, not to the witness' capacity to be accurate or not to be honestly mistaken.

For this interpretation I find support in Ritchie J.'s comments on the Federal Court of Appeal's decision in the case of *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1973] F.C. 1206. In *Hernandez* the evidence was identification and what was then at issue was not the witness' honesty but the witness' accuracy. Ritchie J. said at pp. 1087-88:

I also differ from the learned Chief Justice of the Federal Court in that I consider there to be a clear

J'estime que lorsque le juge de première instance examine s'il doit imposer ou non un verdict à la fin de l'exposé du ministère public, son pouvoir discrétionnaire n'est pas limité aux seules affaires où la preuve est entièrement indirecte. Comme l'a dit le juge en chef Duff, il a aussi ce pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] «lorsque la preuve est de nature si douteuse qu'elle en est dangereuse». Dans l'affaire *L'État portoricain c. Hernandez* (précitée), il était dangereux de condamner l'accusé au vu d'une preuve aussi douteuse, provenant d'un témoin qui prétendait avoir fait certaines constatations que le juge estimait impossibles. En l'espèce, la preuve est dangereuse et douteuse parce que le témoin avait évidemment déposé dans l'espoir d'obtenir une récompense qu'on lui avait promise avec force détails. Je reprends ce que disait le juge Thurlow dans l'arrêt *Hernandez*, «Je trouve inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue . . . ».

À première vue, la mention sans réserve par le juge Ritchie de la «crédibilité du témoin» et du «caractère douteux de la preuve» peut étayer la proposition selon laquelle la valeur à accorder à la déposition d'un témoin relève exclusivement du jury. Mais cette interprétation ne résiste pas à une analyse plus serrée de ses motifs dans l'arrêt *Shephard*.

La valeur probante de la déposition d'un témoin ou le poids à lui accorder résulte de l'appréciation (1) de la sincérité et de la bonne foi du témoin et (2) de la capacité du témoin d'être précis. Lorsque le juge Ritchie parle dans l'arrêt *Shephard* de la crédibilité d'un témoin ou de la fiabilité de la preuve, il vaut parler selon moi, compte tenu de la question en litige dans cette affaire, de la sincérité du témoin et non pas de la capacité du témoin d'être précis ou de ne pas se tromper de bonne foi.

En donnant cette interprétation, je m'appuie sur les observations que formule le juge Ritchie au sujet de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *L'État portoricain c. Hernandez*, [1973] C.F. 1206. Dans l'affaire *Hernandez*, il s'agissait d'une preuve d'identification et ce qui était alors en cause ce n'était pas la sincérité du témoin mais sa précision. Le juge Ritchie affirme aux pp. 1087 et 1088:

Je diffère aussi d'opinion avec le savant juge en chef de la Cour fédérale en ce que j'estime qu'il existe une

distinction in principle between this case and that of *Hernandez*. In the latter case Mr. Justice Thurlow characterized the evidence which the extradition judge had found to be insufficient to justify the issuing of a warrant for extradition, in the following paragraph:

After having read and re-read the evidence of the witnesses, Atilano and Ortiz and after hearing the very able argument of counsel for the Commonwealth of Puerto Rico I am not persuaded that the evidence was reasonably sufficient to warrant putting the respondent on trial. Indeed, I find it inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence as a purported identification made a year after the event by a person who did not previously know the accused and whose only opportunity to observe him was a fleeting one from a distance of some sixty feet, if indeed he ever got that close. The evidence of the witness having selected the respondent's identification card is not in itself evidence implicating the respondent, and in the circumstances as described it tends to weaken rather than strengthen the identification made by Atilano at the hearing ... Nor was there anything else to implicate the respondent or corroborate such identification.

It thus appears to me clear that in that case it was held that there was not enough evidence to support a *prima facie* case against the accused and in fact that it was 'inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence'. It was upon this ground that the extradition judge in that case based his opinion as to insufficiency.

Ritchie J. thus distinguishes *Shephard* from *Hernandez* by specifically referring to the witness' capacity to be accurate.

When commenting on *Comba*, Ritchie J. said at pp. 1081-82:

It is to be observed that there was no suggestion in the *Comba* case that any of the evidence called by the Crown was either tainted or unreliable. It came from witnesses whose integrity was at no time put in question and who testified as to a variety of circumstances which had excited enough suspicion against the accused to occasion his arrest and trial but which taken together did not establish his guilt in accordance with the accepted standards of proof in such cases which are described by Duff C.J. in the following passage:

It is admitted by the Crown, as the fact is, that the verdict rests solely upon a basis of circumstantial evidence. In such cases, by the long settled rule of the

nette distinction de principe entre l'affaire *Hernandez* et celle qui nous intéresse. Dans la première, le juge Thurlow a décrit dans le passage suivant la preuve que le juge d'extradition avait jugé insuffisante pour justifier la délivrance d'un mandat d'extradition:

Après plusieurs examens des témoignages d'Atilano et d'Ortiz et après avoir entendu l'excellente plaidoirie de l'avocat de l'État de Porto Rico, je ne suis pas convaincu que la preuve suffisait raisonnablement à justifier la mise en accusation de l'intimé. De plus, je trouve inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue que cette prétendue identification qui a eu lieu un an après l'événement et qui a été effectuée par une personne qui ne connaissait pas l'accusé auparavant et qui, de plus, n'a eu l'occasion de le voir qu'au moment où il s'enfuyait et ce, à une distance d'à peu près soixante pieds. Que le témoin ait choisi la carte d'identité de l'intimé ne prouve pas en soi que l'intimé était mêlé à l'affaire. Je dirais même que, vu les circonstances telles que décrites, cet élément tend à affaiblir plus qu'à renforcer la force probante de l'identification faite à l'audience par Atilano ... Aucune autre preuve n'a été présentée tendant à impliquer l'intimé ou à corroborer cette identification.

Il me semble donc évident que, dans cette affaire, on a jugé que la preuve ne suffisait pas à étayer une présomption contre l'inculpé et, en fait, qu'il était «inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue». C'est sur ce moyen que le juge d'extradition s'est fondé dans ce cas pour conclure à l'insuffisance de la preuve.

Le juge Ritchie établit donc une distinction entre les arrêts *Shephard* et *Hernandez* en mentionnant précisément la capacité du témoin d'être précis.

À propos de l'affaire *Comba*, le juge Ritchie affirme aux pp. 1081 et 1082:

Soulignons que dans l'affaire *Comba*, on n'a pas prétendu que la preuve soumise par le ministère public était viciée ou douteuse. L'intégrité des témoins n'a jamais été mise en doute; ils ont déposé sur divers faits qui faisaient peser suffisamment de soupçons sur l'accusé pour justifier son arrestation et son procès, mais qui, pris globalement, n'établissaient pas sa culpabilité conformément aux critères reconnus en matière de preuve dans les cas que le juge en chef Duff décrit dans l'extrait suivant:

[TRADUCTION] Le ministère public admet qu'en fait, le verdict repose uniquement sur une preuve indirecte. Dans de tels cas, conformément à la règle

common law, which is the rule of law in Canada, the jury, before finding a prisoner guilty upon such evidence, must be satisfied not only that the circumstances are consistent with a conclusion that the criminal act was committed by the accused, but also that the facts are such as to be inconsistent with any other rational conclusion than that the accused is the guilty person.

(Emphasis added.)

Here again Ritchie J. focuses on the distinction between accuracy and honesty, this time by highlighting in the *Comba* test the fact that the honesty of the witnesses, their "integrity", to use his words, was not in issue and therefore was not being weighed by the judge.

The distinction between a witness' truthfulness and a witness' accuracy has sometimes been made by referring to the former as the witness' *credibility*, and to the latter as the *quality* of the witness' testimony. (See amongst others, *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549 (C.A.); *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358 (C.A.); *R. v. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241 (Ont. C.A.); *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22 (Alta. C.A.); *R. v. Atfield* (1983), 42 A.R. 294 (C.A.))

My reading of the majority reasons in *Shephard* is that when assessing the sufficiency of the evidence, that is when determining whether "there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty", the judge cannot assess the witness' honesty but may assess the witness' capacity to be accurate and his or her resulting reliability. If I am wrong in reading that distinction in Ritchie J.'s reasons, then I propose that this Court find that to be the proper test. This is not a proper case for reconsidering *Shephard* with a view to adopting the views of the minority; we have not been invited to do so, nor do the issues in this case raise the matter squarely.

"Quality" of evidence is truly the realm of the trial judge. I could not put matters better than by quoting in support of this proposition what Lord

de *common law* établie depuis longtemps, qui est le principe en vigueur au Canada, le jury, avant de conclure à la culpabilité d'un prisonnier sur la foi d'une preuve indirecte, doit être convaincu non seulement que les faits sont compatibles avec la culpabilité de l'inculpé, mais encore que toute autre conclusion serait illogique.

(C'est moi qui souligne.)

Ici aussi, le juge Ritchie insiste sur la distinction entre la précision et la sincérité, cette fois en soulignant que, dans le critère de l'arrêt *Comba*, la sincérité des témoins, leur «intégrité» pour reprendre ses propres termes, n'était pas en cause et n'a donc pas été appréciée par le juge.

On a parfois établi une distinction entre la sincérité du témoin et la précision qu'il démontre en appelant la première la *crédibilité* du témoin et la seconde la *qualité* de sa déposition. (Voir notamment *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549 (C.A.); *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358 (C.A.); *R. v. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241 (C.A. Ont.); *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22 (C.A. Alb.); *R. v. Atfield* (1983), 42 A.R. 294 (C.A.))

Selon mon interprétation des motifs de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Shephard*, lorsqu'il évalue le caractère suffisant de la preuve, c'est-à-dire lorsqu'il détermine s'il «existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité», le juge peut apprécier non pas la sincérité du témoin, mais sa capacité d'être précis et la fiabilité qui en résulte. Si j'ai tort de voir cette distinction dans les motifs du juge Ritchie, je propose alors que cette Cour conclue qu'il s'agit là du critère applicable. Il n'est pas opportun en l'espèce de réexaminer l'arrêt *Shephard* dans le but d'adopter l'avis de la minorité; on ne nous a pas invité à le faire et les questions en litige en l'espèce ne posent pas le problème directement.

La «qualité» de la preuve relève véritablement du juge du procès. Je ne puis mieux exposer la question qu'en citant, pour étayer cette proposi-

Devlin said in *Trial by Jury* (1966), at pp. 62-63, speaking of the trial judge's function:

... if he is not satisfied that there is evidence on which reasonable men could act, he must not let the case go to the jury. Again, so stated, the rule might seem to be a commonplace. If there is not evidence upon which reasonable men could act, it must be immaterial whether the case is left to the jury or not since their verdict could only be negative. So the rule would be otiose were it not for the fact that judges and juries can take a different view of what reasonable men should think. When there is such a difference, it is not, as might be supposed, the view of the jury who *ex officio* are the reasonable men that prevails, but the view of the judge. This understood, the rule can be restated in its true terms: the verdict cannot be supported unless a reasonable lawyer thinks that there is evidence upon which reasonable men could act. There can be no doubt about the difference between the reasonable lawyer and the reasonable man. When twelve men unanimously return a certain verdict, they must believe that there is evidence to support it. When the judge rejects their verdict, he is not really telling them that not a single one among them is a reasonable man. What he is telling them is that there is a certain minimum of evidence which the law requires and that as a trained lawyer he is a better judge than they are of what that minimum should be. What the minimum should be is not a question of law but a question for lawyers.

(Emphasis added.)

When applied to circumstantial evidence this would mean that the question as to whether and to what extent the evidence is dubious will be determined assuming the witnesses are being truthful. The question would be: "Would it be unsafe to convict?" This would involve, given the particular nature of circumstantial evidence, asking whether innocence can be logically and reasonably excluded. Morris J. Fish, in "Committal for Trial: 'Some' Evidence is *Not* 'Sufficient'" (1979), 39 *R. du B.* 607, at p. 618, suggests the following test, which I would adopt:

tion, ce que lord Devlin dit dans *Trial by Jury* (1966), aux pp. 62 et 63, à propos du rôle du juge du procès:

[TRADUCTION] ... s'il n'est pas convaincu qu'il y a des éléments de preuve sur lesquels des personnes raisonnables pourraient se fonder pour agir, il ne doit pas soumettre l'affaire au jury. Encore là, ainsi énoncée, la règle peut sembler banale. S'il n'y a pas d'éléments de preuve sur lesquels des personnes raisonnables pourraient se fonder pour agir, il importe peu que l'affaire soit laissée au jury ou non puisque leur verdict ne peut être que négatif. La règle serait donc inutile si ce n'était du fait que les juges et les jurys peuvent avoir des opinions divergentes quant à ce que des personnes raisonnables devraient penser. Lorsqu'il y a une telle divergence, ce n'est pas, comme on pourrait le supposer, l'opinion des jurés, qui sont d'office les personnes raisonnables, qui prévaut, mais l'opinion du juge. Cela étant compris, on peut reformuler la règle selon sa définition véritable: le verdict ne peut être justifié à moins qu'un avocat raisonnable n'estime qu'il y a des éléments de preuve sur lesquels des personnes raisonnables pourraient se fonder pour agir. Il ne peut y avoir de doute à propos de la différence entre un avocat raisonnable et une personne raisonnable. Lorsque douze personnes prononcent à l'unanimité un certain verdict, ils doivent croire qu'il y a des éléments de preuve pour l'étayer. Lorsque le juge refuse leur verdict, il ne leur dit pas vraiment qu'il n'y en a pas un seul parmi eux qui soit une personne raisonnable. Ce qu'il leur dit en réalité c'est que la loi exige une certaine preuve minimale et qu'à cause de sa formation d'avocat il est mieux placé qu'eux pour juger ce que doit être ce minimum. Ce que doit être ce minimum n'est pas une question de droit mais une question qui relève des avocats.

(C'est moi qui souligne.)

Si l'on applique cela à la preuve indirecte, il en résulte que, pour déterminer si la preuve est douteuse et dans quelle mesure elle l'est, il faut supposer que les témoins sont sincères. La question serait donc la suivante: «Serait-il dangereux de prononcer un verdict de culpabilité?» Cela requiert, à cause de la nature particulière de la preuve indirecte, qu'on se demande si on peut logiquement et raisonnablement écarter la non-culpabilité. Dans l'article intitulé «Committal for Trial: 'Some' Evidence is *Not* 'Sufficient'» (1979), 39 *R. du B.* 607, à la p. 618, Morris J. Fish propose le critère suivant que je suis d'avis d'adopter:

If guilt and innocence are equally consistent with the facts, there is *no* evidence. If guilt is more probable than innocence, there is *some* evidence, but unless innocence can be *logically* and *reasonably* excluded, the evidence is *insufficient* and the case should end with a discharge, non-suit or directed verdict. Finally, if innocence *can* be logically and reasonably excluded, the evidence is *sufficient* and may be considered by the trier of fact. Conviction will not automatically ensue. The trier of fact, it need hardly be repeated, will only convict if 'convinced *beyond a reasonable doubt* that the guilt of the accused is the only reasonable explanation of the facts established by the evidence'.

It has somewhere been said that semantics teaches us to take our exercise in other ways than by jumping to conclusions. In this vein, there is a purpose to the foregoing discussion. A justice or judge should not jump to the conclusion that there is evidence for a jury to consider whenever the facts are consistent with guilt. He is bound to consider whether guilt *can* (not, of course, *will*) properly and reasonably be inferred from the evidence. And he must bear in mind that reasonableness is a question for him, not the jury: . . .

When applied to testimonial evidence this approach involves an assessment by the judge of the circumstances under which the witness purports to be, not truthful (as in *Shephard*), but accurate (as in *Hernandez* and in this case). The reliability of the witness' accuracy may be undermined by the circumstances under which the witness was called upon to register what he later on relates in the belief that it was and still is accurate. This might be, when considering the accuracy of identification testimony, the fact that the witness had only "a fleeting glance", or had a "longer observation" but one "made in difficult circumstances"; or again the result of improper police identification proceedings that would tend to induce the witness into mistakingly identifying someone.

A final observation. The only difference in my view between the majority and the minority in *Shephard* is whether the judge can assess the

[TRADUCTION] Si la culpabilité et la non-culpabilité sont également compatibles avec les faits, il n'y a *pas* de preuve. Si la culpabilité est plus probable que la non-culpabilité, il y a *certain*s éléments de preuve, mais à moins de pouvoir *logiquement* et *raisonnablement* écarter la non-culpabilité, la preuve est *insuffisante* et la cause doit se terminer par un acquittement, un non-lieu ou un verdict imposé. Enfin, s'il est *possible* d'écarter de façon logique et raisonnable la non-culpabilité, la preuve est *suffisante* et peut être examinée par le juge des faits. Il ne s'ensuivra pas nécessairement une déclaration de culpabilité. Le juge des faits, faut-il le rappeler, ne prononcera un verdict de culpabilité que s'il est «convaincu *hors de tout doute raisonnable* que la culpabilité de l'accusé est la seule explication raisonnable des faits établis en preuve».

On a dit quelque part que la sémantique nous enseigne qu'il ne faut pas sauter aux conclusions. Dans cette veine, l'analyse qui précède a un but. Un juge ou un juge de paix ne doit pas sauter à la conclusion qu'il y a des éléments de preuve à soumettre au jury chaque fois que les faits sont compatibles avec la culpabilité de l'accusé. Il est tenu de se demander si, compte tenu de la preuve, on *peut* légitimement et raisonnablement conclure à la culpabilité (et non pas, bien entendu, si on le *fera*). Et il doit se rappeler que le caractère raisonnable est une question qui relève de lui et non du jury: . . .

L'application de ce critère à une preuve testimoniale comporte une appréciation par le juge des circonstances dans lesquelles le témoin est apparemment non pas sincère (comme dans l'arrêt *Shephard*), mais précis (comme dans l'arrêt *Hernandez* et en l'espèce). La fiabilité de la précision du témoin peut être minée par les circonstances dans lesquelles le témoin a retenu ce que, plus tard, il relate avec la conviction d'avoir été et d'être encore précis. Lorsqu'il s'agit d'examiner la précision d'un témoignage d'identification, cela pourrait peut-être s'expliquer par le fait que le témoin n'a pu avoir qu'une «vision momentanée» ou a pu faire «une observation plus longue», mais «dans des circonstances difficiles»; ou encore ce pourrait être le résultat de procédures d'identification irrégulières de la part des policiers, procédures qui tendent à amener le témoin à identifier quelqu'un à tort.

Enfin une dernière observation. À mon avis, le seul point sur lequel diffèrent l'avis de la majorité et celui de la minorité dans l'arrêt *Shephard* a

truthfulness of witnesses when assessing whether there is sufficient evidence. With respect, I fail to see any essential difference between the test expressed in *Comba*, and that expressed by the majority in *Shephard*. The *Comba* formulation focuses on the nature of the evidence (dubious) and the resulting *unsafe* conviction, while the *Shephard* test focuses on the unreasonableness of the jury in founding a guilty verdict on the evidence of a given case. A reasonable jury that was properly instructed (the *Shephard* test), would never return a verdict of guilty "where the only evidence is of such dubious nature" that the verdict of guilty would be "unsafe" (the *Comba* test). I personally prefer the *Shephard* formulation of the test. It is expressed in terms that apply to all kinds of evidence while the *Comba* formulation more easily befits the kind of assessment one would make when considering circumstantial evidence. What really divided the Court in *Shephard* when assessing the quality of the evidence was the fact that the minority was of the view that the judge could, whatever the formulation of the test, consider the affiant's honesty while the majority found that he could not. Now to come back to this case.

The Trial Judge

It is the appellant's position that the trial judge in the case under appeal applied the test laid down by the majority in *Shephard* and that he did not, nor did he need to on the facts of this case (as would have been permissible under certain circumstances had the opinion of the minority in *Shephard* prevailed in any way), consider the witness' underlying credibility. He addressed the problem, says the appellant, by considering the *quality* of the identification evidence, not by weighing the witness' truthfulness.

The trial judge's decision to grant the motion for a directed verdict of acquittal rested on the finding that the identification evidence was of too poor a

trait à la question de savoir si le juge peut apprécier la sincérité des témoins pour décider s'il y a ou non suffisamment d'éléments de preuve. Avec égards, je ne vois pas de différence essentielle entre le critère formulé dans l'arrêt *Comba* et celui formulé par la Cour à la majorité dans l'arrêt *Shephard*. La formulation du critère dans l'arrêt *Comba* insiste sur la nature de la preuve (douteuse) et sur le *danger* que comporte la déclaration de culpabilité qui en résulte, alors que le critère énoncé dans l'arrêt *Shephard* insiste sur le caractère déraisonnable du jury qui fonde un verdict de culpabilité sur la preuve soumise dans un cas précis. Le jury raisonnable qui a reçu des directives appropriées (le critère de l'arrêt *Shephard*) ne rendrait jamais un verdict de culpabilité «quand la seule preuve est de nature si douteuse» qu'il serait «dangereux» de conclure à la culpabilité (le critère de l'arrêt *Comba*). Personnellement je préfère la formulation du critère donnée dans l'arrêt *Shephard*. Il est énoncé dans des termes qui s'appliquent à tous les genres de preuve, alors que la formulation de l'arrêt *Comba* vise plus facilement le genre d'évaluation qu'on ferait en examinant une preuve indirecte. Ce qui a réellement départagé la Cour dans l'arrêt *Shephard* lorsqu'il s'est agi d'apprécier la qualité de la preuve, c'est le fait que la minorité a estimé que le juge pouvait, quelle que soit la formulation du critère, prendre en considération la sincérité du déposant alors que la majorité a conclu qu'il ne le pouvait pas. Revenons maintenant à la présente espèce.

Le juge du procès

L'appellant soutient que le juge du procès a, en l'espèce, appliqué le critère énoncé par la Cour à la majorité dans l'arrêt *Shephard* et qu'il n'a pas, cela ne lui étant pas nécessaire compte tenu des faits de l'espèce, examiné la crédibilité du témoin (comme il aurait pu le faire dans certaines circonstances si l'opinion des juges formant la minorité dans l'arrêt *Shephard* avait prévalu de quelque façon). Il a abordé le problème, selon l'appellant, en examinant la *qualité* de la preuve d'identification, non en évaluant la sincérité du témoin.

La décision du juge du procès de faire droit à la requête en obtention d'un verdict imposé d'acquiescement est fondée sur la conclusion que la preuve

quality to be relied upon. This finding as regards the quality of that evidence is the resultant of two other findings of fact: the difficult conditions under which the victim made her observations as regards the identity of her aggressor and the improper police identification procedures. He assumed she was being truthful and withdrew the case because it was too dangerous to rest a conviction on her testimony, honest as it might well have been. This I conclude from a general reading of his reasons given in Court to the parties in the absence of the jury, and more particularly the following passage:

I am influenced significantly as to the law by the unanimous judgment of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Duhamel*, 1981, 1 W.W.R., 22 wherein Mr. Justice Harradence quotes approvingly and at length from the judgment of the Court of Appeal in England in *R. v. Turnbull*, 1976, 3 All England Reports, 549. In particular I refer to pages 28 and 29 of the Duhamel judgement wherein Mr. Justice Harradence sets out the principles expressed in Turnbull relative to the potential for mis-carriage of justice based on visual identification. Towards the end of the statement of those principles the following declaration is made and I would say is made in no uncertain terms:

"When, in the judgment of the trial judge, the quality of the identifying evidence is poor, as for example when it depends solely on a fleeting glance or on a longer observation made in difficult conditions, the situation is very different. The judge should then withdraw the case from the jury and direct an acquittal unless there is other evidence which goes to support the correctness of that identification."

I miss out a line which I do not think is relevant and continue:

"For example, X sees the accused snatch a woman's handbag; he gets only a fleeting glance of the thief's face as he runs off but he does see him entering a nearby house. Later he picks out the accused on an identity parade. If there was no more evidence than this, the poor quality of the identification would require the judge to withdraw the case from the jury;"

Assistance in determining the measurement of poor quality evidence as identified by the court in Turnbull can be found in the paragraph immediately preceding the portion that I have just quoted. This paragraph reads:

d'identification était de trop mauvaise qualité pour être fiable. Cette conclusion quant à la qualité de la preuve résulte de deux autres conclusions de fait: les conditions difficiles dans lesquelles la victime a fait les observations relatives à l'identité de son agresseur et les procédures d'identification irrégulières de la police. Il a présumé qu'elle était sincère, mais a dessaisi le jury parce qu'il était trop dangereux de fonder une déclaration de culpabilité sur son témoignage, tout aussi sincère qu'il avait bien pu être. J'arrive à cette conclusion à partir d'une interprétation générale de ses motifs donnés en cour aux parties, en l'absence du jury, et plus particulièrement du passage suivant:

[TRADUCTION] Je suis grandement influencé, quant à la règle applicable, par l'arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Alberta *R. v. Duhamel*, 1981, 1 W.W.R. 22, dans lequel le juge Harradence cite abondamment, en les approuvant, les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre *R. v. Turnbull*, 1976, 3 All England Reports 549. Je parle plus précisément des pages 28 et 29 de l'arrêt Duhamel où le juge Harradence énonce les principes exprimés dans l'arrêt Turnbull relativement au danger d'erreur judiciaire découlant d'une identification visuelle. À la fin de l'énoncé de ces principes, on trouve la déclaration suivante qui, selon moi, est catégorique:

"Lorsque, de l'avis du juge du procès, la preuve d'identification est de mauvaise qualité, comme par exemple lorsqu'elle dépend uniquement d'une vision momentanée ou d'une observation plus longue faite dans des conditions difficiles, la situation est très différente. Le juge devrait alors dessaisir le jury et ordonner l'acquiescement à moins qu'il n'y ait d'autres éléments de preuve qui étayent la justesse de cette identification."

Je saute une phrase qui ne me paraît pas pertinente et je continue:

"Par exemple, si quelqu'un voit le prévenu s'emparer du sac à main d'une femme; il n'a qu'une vision momentanée du visage du voleur pendant que celui-ci s'enfuit, mais il le voit entrer dans une maison voisine. Plus tard, il désigne l'accusé lors d'une séance d'identification. S'il n'y avait pas d'autre preuve que celle-là, la piètre qualité de l'identification exigerait que le juge dessaisisse le jury;"

L'alinéa qui précède immédiatement le passage que je viens tout juste de citer permet de comprendre de quelle piètre qualité de la preuve parle la cour dans l'arrêt Turnbull. Cet alinéa se lit ainsi:

"All these matters go to the quality of the identification evidence. If the quality is good and remains good at the close of the accused's case, the danger of a mistaken identification is lessened: but the poorer the quality, the greater the danger. In our judgment, when the quality is good, as for example when the identification is made after a long period of observation, or in satisfactory conditions by a relative, a neighbour, a close friend, a workmate and the like, the jury can safely be left to assess the value of the identifying evidence even though there is no other evidence to support it; provided always, however, that an adequate warning has been given about the special need for caution. Were the courts to adjudge otherwise, affronts to justice would frequently occur."

(Emphasis added.)

It is clear from this passage that the judge was addressing his mind to an assessment of the *quality* of the identification evidence. With "quality" in mind, he then considered the circumstances of the observation and the police identification procedures. As regards the conditions under which the observations were made, he said:

Now, it appears to me that it follows from this statement that where the evidence of identification is dependent solely on a witness who had no previous knowledge of an accused person and whose opportunity for observation has been in difficult circumstances, that evidence, in the view of the English Court of Appeal, cannot be safely left with the jury.

In the present case I am satisfied there is no evidence going to the correctness of the identification other than that emanating from the complainant. The complainant had only a very limited and restrictive opportunity to observe her assailant. Although she may have been in his presence for as long as 20 minutes, the circumstances were such that her observations of the assailant were made in very difficult conditions. The place where she was first apprehended provided minimum lighting and the place behind the CNR shed where the attack proceeded and where it is evident most of the 20 minutes, if it was that, was spent, was very dark indeed. The complainant's description of her assailant, although matching the accused in many respects, is, nevertheless, one that could match any number of persons and contains no special identifying characteristics. I have concluded that these facts fall squarely within the directions in *Turnbull*, approved by the Alberta Court of Appeal, and even where there has been a proper or adequate

"Toutes ces choses ont un effet sur la qualité de la preuve d'identification. Si cette qualité est bonne et le demeure jusqu'à la fin de la présentation de la preuve de l'accusé, le danger d'erreur d'identification est réduit; mais plus la preuve est de piètre qualité plus grand est le danger. À notre avis, lorsque la qualité est bonne, comme par exemple, lorsque l'identification a été faite après une longue période d'observation ou dans des conditions satisfaisantes par un parent, un voisin, un ami intime, un compagnon de travail et ainsi de suite, on peut sans contredit laisser au jury le soin d'apprécier la preuve d'identité même s'il n'y a pas d'autre élément de preuve pour l'étayer, mais toujours pourvu qu'il ait été averti de la nécessité particulière d'agir avec prudence. Si les tribunaux devaient décider autrement, il en résulterait souvent des dénis de justice."

(C'est moi qui souligne.)

Il est manifeste d'après ce passage que le juge s'est concentré sur l'appréciation de la *qualité* de la preuve d'identification. Ayant la «qualité» à l'esprit, il a examiné les circonstances de l'observation et les procédures d'identification utilisées par la police. Quant aux conditions dans lesquelles l'observation a été faite, il dit:

[TRADUCTION] Or, il me paraît découler de cet énoncé que, si la preuve d'identification dépend d'un seul témoin qui ne connaissait pas déjà l'accusé et qui a eu la possibilité de l'observer dans des circonstances difficiles, la Cour d'appel d'Angleterre est d'avis qu'on ne peut en toute sécurité laisser cette preuve à l'appréciation du jury.

En l'espèce, je suis convaincu que les éléments de preuve fournis par la plaignante sont les seuls qui étaient la justesse de l'identification. La plaignante a eu une possibilité très limitée d'observer son assaillant. Bien qu'il ait été en sa présence pendant peut-être 20 minutes, les circonstances étaient telles qu'elle n'a pu l'observer que dans des conditions très difficiles. L'endroit où elle a d'abord été interceptée était très peu éclairé et l'endroit où l'attaque s'est déroulée derrière le hangar du CN, pendant de toute évidence la majeure partie des 20 minutes qu'elle a duré, en supposant que ce fut le cas, était vraiment très sombre. Bien que la description que la plaignante a donnée de son assaillant corresponde à plusieurs égards à l'accusé, elle pourrait néanmoins s'appliquer à un grand nombre de personnes et ne comporte aucune caractéristique spéciale d'identification. J'ai conclu que ces faits tombent exactement sous le coup des directives de l'arrêt *Turnbull*, approuvées par la Cour d'appel de l'Alberta, et que même s'il y avait eu

identity parade, require that the case be taken from the jury.

As regards the police procedure, Wright J. said:

In the present case there is the additional factor that I do not believe the procedure followed by the police in the subsequent identification of the accused by the complainant at the police station was proper and that fact has further damaged the complainant's identification evidence.

(Emphasis added.)

He reviewed the authorities on point, made reference to *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185 (C.A.), and read out the following passage in *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175 (Ont. C.A.) at p. 177, to which the court in *Faryna* referred:

... of the utmost importance, is the method used to recall or refresh the recollections of a witness who is to be relied upon to identify a person suspected of wrongdoing or who is under arrest. If a witness has no previous knowledge of the accused person so as to make him familiar with that person's appearance, the greatest care ought to be used to ensure the absolute independence and freedom of judgment of the witness. His recognition ought to proceed without suggestion, assistance or bias created directly or indirectly. Conversely, if the means employed to obtain evidence of identification involve any acts which might reasonably prejudice the accused, the value of the evidence may be partially or wholly destroyed. Anything which tends to convey to a witness that a person is suspected by the authorities, or is charged with an offence, is obviously prejudicial and wrongful. Submitting a prisoner alone for scrutiny after arrest is unfair and unjust.

(Emphasis added.)

Wright J. then concluded on this latter point as follows:

So it is clear I think from the comments that I have made, the observations I have expressed, that I am unable to find that the identification procedure followed reasonably meets the standards expressed in the law that the Manitoba Court of Appeal has approved. So this then becomes an added reason for concluding, as I have, that the motion of the defence should be accepted in

une séance d'identification régulière ou suffisante, il fallait dessaisir le jury.

Pour ce qui est de la procédure utilisée par la police, le juge Wright dit:

[TRADUCTION] En l'espèce, il y a le fait supplémentaire que je ne crois pas que la procédure suivie par la police pour l'identification subséquente de l'accusé par la plaignante au poste de police a été régulière, ce qui affaiblit davantage la preuve d'identification fournie par la plaignante.

(C'est moi qui souligne.)

Il a examiné la jurisprudence applicable, mentionné l'arrêt *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185 (C.A.), et cité le passage suivant de l'arrêt *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175 (C.A. Ont.), à la p. 177, auquel renvoie la cour qui a entendu l'affaire *Faryna*:

[TRADUCTION] ... ce qui a une extrême importance c'est la méthode utilisée pour rafraîchir la mémoire du témoin sur lequel repose l'identification d'une personne soupçonnée d'une infraction ou mise en état d'arrestation. Si le témoin ne connaissait pas déjà l'accusé de manière à pouvoir en reconnaître les traits, il faut prendre le plus grand soin d'assurer l'indépendance et la liberté absolues de jugement du témoin. L'identification qu'il effectue doit se faire sans aide, ni suggestion, ni préjugé créé directement ou indirectement. Par contre, si les moyens utilisés pour obtenir la preuve d'identification comportent des actes qui pourraient raisonnablement causer un préjudice à l'accusé, la valeur de la preuve peut s'en trouver partiellement ou totalement détruite. Tout ce qui tend à donner à penser au témoin que la personne est soupçonnée par les autorités ou accusée d'une infraction cause manifestement un préjudice et est répréhensible. Soumettre un détenu seul à la vue du témoin après son arrestation est injuste et inéquitable.

(C'est moi qui souligne.)

Puis le juge Wright conclut ainsi sur ce dernier point:

[TRADUCTION] Donc il est clair, je crois, d'après les commentaires que j'ai faits et les observations que j'ai formulées, que je ne puis conclure que la procédure d'identification utilisée satisfait raisonnablement aux critères exprimés dans la règle approuvée par la Cour d'appel du Manitoba. C'est une raison de plus pour conclure, comme je l'ai fait, qu'il faut faire droit à la

favour of a directed verdict of acquittal and that is what I now propose to do. So we will call the jury in.

(Emphasis added.)

When the jury returned, Wright J. gave them only a summary of the law in support of his reasons for his decision, as is apparent from his first remarks to them:

I am going to read you a small portion of the law that is applicable in order that you will understand what is taking place. The law, you will recall, I am the one who decides as to its correctness or not and which I am applying at this time is as follows:

"When in the judgment of the trial judge the quality of the identifying evidence is poor as, for example, when it depends solely on a fleeting glance or on a longer observation made in difficult conditions, the judge should then withdraw the case from the jury and direct an acquittal unless there is other evidence which goes to support the correctness of the identification."

That statement of the law is made in the context of the issue of identification. And as you all know that really is the issue that we have narrowed this case down to.

I have reviewed the evidence carefully that has been introduced by the Crown and you have heard the Crown indicate that the Crown's evidence was complete earlier. I have concluded as a matter of law that the circumstances are such as to fall squarely within the framework of that statement that I just quoted to you. That means that at this point I have to withdraw the case from you and direct this verdict of acquittal.

(Emphasis added.)

I mention the difference between his remarks to the jury and his reasons given previously in their absence, because the former appear, when read out of context, to be elevating the "fleeting glance" or "difficult conditions" situations to the level of a test, whilst they are but relevant factual elements upon which a conclusion as regards the quality of the evidence will be based.

The Court of Appeal

In his dissenting reasons Matas J.A. agreed with the trial judge and would have directed a verdict of acquittal. He did express some concern as regards

requête de la défense en obtention d'un verdict imposé d'acquittement et c'est ce que je me propose de faire maintenant. Nous allons donc rappeler le jury.

^a (C'est moi qui souligne.)

Lorsque le jury est revenu, le juge Wright lui a fait seulement un résumé du droit à l'appui des motifs de sa décision, comme il ressort des premières observations qu'il lui a faites:

^b [TRADUCTION] Je vais vous exposer une petite partie du droit applicable pour vous permettre de comprendre ce qui se passe. Vous vous souviendrez, qu'il m'appartient de statuer sur le droit applicable et la règle de droit que j'applique maintenant est la suivante:

^d «Lorsque de l'avis du juge du procès, la preuve d'identification est de mauvaise qualité, comme par exemple lorsqu'elle dépend uniquement d'une vision momentanée ou d'une observation plus longue faite dans des conditions difficiles, le juge devrait alors dessaisir le jury et ordonner l'acquittement à moins qu'il n'y ait d'autres éléments de preuve qui étayent la justesse de cette identification.»

^e Cet énoncé du droit vise la question de l'identification. Et comme vous le savez tous c'est vraiment là la question à laquelle l'espèce se résume.

^f J'ai soigneusement examiné la preuve soumise par la poursuite et vous avez entendu la poursuite dire que sa preuve était terminée. J'ai conclu que, sur le plan du droit, les circonstances sont telles qu'elles correspondent exactement à la situation de l'énoncé que je viens tout juste de vous citer. Cela signifie qu'à cet instant précis je dois vous dessaisir de l'affaire et imposer un verdict d'acquittement.

(C'est moi qui souligne.)

^h Je mentionne la différence entre les observations faites par le juge aux jurés et les motifs qu'il avait donnés plus tôt en leur absence parce que les premières, lues hors contexte, semblent élever la «vision momentanée» ou les «conditions difficiles» au rang de critère alors qu'elles ne sont que des éléments de fait pertinents sur lesquels sera fondée une conclusion quant à la qualité de la preuve.

La Cour d'appel

^j Dans ses motifs de dissidence, le juge Matas a partagé l'avis du juge du procès et aurait imposé un verdict d'acquittement. Il a exprimé une cer-

a possible misconstruction by the trial judge of the applicable test at pp. 282-83:

In my respectful opinion, Wright J. takes the applicable principles expressed in *Turnbull* too far if he meant to say that a judge should take a case from a jury whenever identification of an accused is dependent solely on an identifying witness who has no previous knowledge of the accused and whose opportunity for observation has been in difficult circumstances. Many crimes of violence, for example, rape or robbery, are committed in the absence of a witness other than the victim and in the absence of independent corroborating evidence. And it would be rare if the circumstances of the offence would not be difficult. Depending on the circumstances of the case, it may be that the only just course would be to direct a verdict of acquittal, as I think it was here. But the decision to direct a verdict of acquittal must depend on the circumstances of the case.

(Emphasis added.)

Of course he is right, given the hypothesis he postulates. The majority shared this concern. But the essence of their decision was different and is found at p. 277 where Hall J.A., writing for himself and Monnin C.J., stated that the error of law committed by the trial judge was the misapplication of the proper test to the facts of the case.

It is very easy to attribute to evidence the quality of being dubious, and therefore a view to that effect should be arrived at with restraint and not lightly if we are to have due regard for the process of trial by jury. In my view, the evidence of identification in the present case was sufficient for the jury to have passed on it after proper directions and instructions by the presiding judge. In that respect, the error of law of the trial judge was not so much in adopting the wrong test but in misapplying the test in *Turnbull*, *supra*, to the facts of the case. The preferable language to employ is that set out in *Comba*, *supra*, and adopted in *Duhamel*, *supra*.

It appears to me, when reading all of Wright J.'s reasons, that he applied the proper test, found the quality of the evidence such that it would be unsafe to rest a conviction upon it, and directed a verdict of acquittal. The manner in which he referred to "the fleeting glance" and "difficult

taine crainte quant à la possibilité que le juge du procès ait mal interprété le critère applicable (aux pp. 282 et 283):

[TRADUCTION] À mon avis, le juge Wright a poussé trop loin les principes applicables mentionnés dans l'arrêt *Turnbull* s'il a voulu dire qu'un juge doit dessaisir le jury chaque fois que l'identification de l'accusé dépend uniquement d'un témoin qui ne connaissait pas déjà l'accusé et qui a eu la possibilité d'observer l'accusé dans des circonstances difficiles. Plusieurs crimes violents, comme par exemple le viol ou le vol qualifié, sont commis en l'absence de tout autre témoin que la victime et sans possibilité de preuve corroborante indépendante. De plus, il est rare que les circonstances d'une infraction ne soient pas difficiles. Selon les circonstances de l'affaire, il se peut que le seul parti juste qui s'offre consiste à imposer un verdict d'acquittement, comme à mon avis c'est le cas en l'espèce. La décision d'imposer un verdict d'acquittement doit cependant dépendre des circonstances de l'affaire.

(C'est moi qui souligne.)

Évidemment il a raison compte tenu de l'hypothèse qu'il formule. Les juges formant la majorité ont partagé la même crainte. Mais leur décision est fondamentalement différente et on en trouve l'essentiel à la p. 277 où le juge Hall, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge en chef Monnin, affirme que l'erreur de droit commise par le juge du procès a consisté à mal appliquer le bon critère aux faits de l'espèce.

[TRADUCTION] Il est très facile de dire que la preuve est de qualité douteuse et que, par conséquent, il ne faut arriver à cette conclusion qu'avec retenue et non à la légère, si l'on veut respecter le processus du procès par jury. À mon avis, la preuve d'identification en l'espèce était suffisante pour que le juge du procès la soumette au jury après lui avoir donné les directives appropriées. À cet égard, l'erreur de droit commise par le juge du procès a consisté non pas tellement à adopter le mauvais critère, mais à mal appliquer aux faits de l'espèce le critère énoncé dans l'arrêt *Turnbull*, précité. Il vaut mieux utiliser la formulation employée dans l'arrêt *Comba*, précité, et suivie dans l'arrêt *Duhamel*, précité.

Il me semble, à la lecture de l'ensemble des motifs du juge Wright, qu'il a appliqué le critère approprié, qu'il a conclu que la preuve était de si mauvaise qualité qu'il aurait été dangereux de fonder une déclaration de culpabilité sur celle-ci et qu'il a imposé un verdict d'acquittement. La façon

conditions" situations offers some footing for the conclusion that he turned the examples into a test. But the context in which these references were made was one where he specifically referred in general terms to the "quality" of the identification as being the purpose of the scrutiny. Added to that is the fact that it is obviously the "quality test" that was on his mind when he addressed the question whether the improper police procedure had "partially or wholly destroyed" the "value of the evidence". The majority of the Court of Appeal found that it would not have been unsafe to convict, while Matas J.A. shared the trial judge's view that it would. This did not in my view raise a question of law alone in the Court of Appeal, and the Crown's appeal should have been dismissed.

I would therefore allow this appeal and restore the acquittal.

Appeal dismissed, LAMER and LA FOREST JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield & Wyant, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Winnipeg.

dont il parle de la «vision momentanée» et des «conditions difficiles» peut jusqu'à un certain point permettre de conclure qu'il a pris ces exemples pour des critères. Mais le contexte dans lequel il parle de ces exemples vise précisément en termes généraux la «qualité» de l'identification comme le but de l'examen. De plus, il ressort qu'il avait manifestement à l'idée le «critère de la qualité» lorsqu'il s'est demandé si, par suite de la procédure irrégulière utilisée par la police, «la valeur de la preuve» avait été «partiellement ou totalement détruite». La Cour d'appel a conclu, à la majorité, qu'il n'aurait pas été dangereux de prononcer la culpabilité, alors que le juge Matas a partagé l'avis du juge du procès qu'il aurait été dangereux de le faire. Cela n'a pas, à mon avis, soulevé une question de droit seulement en Cour d'appel et l'appel du ministère public aurait dû être rejeté.

Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement.

Pourvoi rejeté, les juges LAMER et LA FOREST sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield & Wyant, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Winnipeg.