

Kenneth Roydon Hibbert *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. HIBBERT****Neutral citation: 2002 SCC 39.**

File No.: 28021.

2001: October 10; 2002: April 25.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Identification — Alibi — Accused convicted of attempted murder — Trial judge erring in instructing jury that they could infer guilt from disbelieved alibi — Whether Court of Appeal erred in applying curative proviso — Whether Court of Appeal erred in finding no reversible error in trial judge's instructions on issue of identification — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

A real estate agent was a victim of a brutal attack while she was holding an open house. In the course of touring the house, a man provided the victim with numerous personal details. The victim took the man into the garage. When she went to plug in a light, the man struck her from behind, beat her, and strangled her until she was unconscious. The Crown's case against the accused was based largely on circumstantial evidence and essentially rested on the victim's knowledge of the personal details of the accused's life; on the in-court identification of the accused by the victim and a neighbour who saw the assailant leaving the residence; on DNA evidence that linked both the accused and the victim to a cap found hanging in a tree on the assailant's escape route; and on various other pieces of circumstantial evidence that cumulatively point to the accused as the assailant. In his first trial, the accused was convicted of attempted murder by a jury, but the Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial. In a second jury trial, the subject of this appeal, the accused was again convicted. He appealed that conviction, again alleging weaknesses

Kenneth Roydon Hibbert *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. HIBBERT****Référence neutre : 2002 CSC 39.**

N° du greffe : 28021.

2001 : 10 octobre; 2002 : 25 avril.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Preuve — Identification — Alibi — Accusé reconnu coupable de tentative de meurtre — Juge du procès commettant une erreur en informant le jury qu'il pouvait inférer d'un alibi auquel il n'ajoutait pas foi que l'accusé était coupable — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant la disposition réparatrice? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la juge du procès n'avait commis aucune erreur justifiant une annulation dans ses directives sur la question de l'identification? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Une agente immobilière a été agressée sauvagement pendant une visite libre qu'elle avait organisée. Pendant la visite de la maison, un homme a communiqué à la victime de nombreux détails personnels. La victime a emmené l'homme dans le garage. Elle s'apprêtait à brancher une lampe lorsque l'homme l'a frappée par derrière, l'a battue et l'a étranglée jusqu'à ce qu'elle perde conscience. La preuve à charge pesant contre l'accusé était en grande partie circonstancielle et résidait essentiellement dans la connaissance qu'avait la victime des détails de la vie personnelle de l'accusé, l'identification de l'accusé à l'audience par la victime et par une voisine qui avait vu l'agresseur quitter la résidence, une preuve génétique reliant l'accusé et la victime à une casquette trouvée accrochée à un arbre sur la route empruntée par l'agresseur pour s'enfuir, ainsi que divers autres éléments de preuve circonstancielle qui, cumulativement, indiquaient que l'accusé était l'agresseur. L'accusé a été déclaré coupable de tentative de meurtre par un jury à l'issue de son premier procès, mais la Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un

in identification evidence and errors in the instructions to the jury about the evidence of identification. In addition, he alleged that the trial judge erred in telling the jury they could infer guilt from a disbelieved alibi when there was no extraneous evidence of fabrication or contrivance. The Crown conceded that the trial judge's instructions on alibi were in error but the Court of Appeal applied the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and dismissed the appeal.

Held (L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: The trial judge's directions to the jury on identification evidence were not so deficient as to constitute an error of law. In the circumstances of this case, however, the trial judge should have cautioned the jury more strongly that the identification of the accused in court was highly problematic as direct reliable identification of the perpetrator of the offence. It is important to remember that the danger associated with eyewitness in-court identification is that it is deceptively credible, largely because it is honest and sincere. The dramatic impact of the identification taking place in court, before the jury, can aggravate the distorted value that the jury may place on it. The instruction to the effect that such identification should be accorded "little weight" does not go far enough to displace the danger that the jury could still give it weight that it does not deserve. In this particular case, it would have been prudent to emphasize for the benefit of the jury the very weak link between the confidence level of a witness and the accuracy of that witness. Moreover, it should also have been stressed that the impact of the victim having seen the accused arrested by the police as her alleged assailant could not be undone. Nor could she be expected to divorce her previous recollection of her assailant from the mental image that she formed after having seen the accused on television.

The Crown properly conceded that the trial judge's instructions on alibi were in error in the absence of evidence that the accused was implicated in putting forward a fabricated alibi. The law with respect to the rejection of

nouveau procès. Lors d'un second procès, qui fait l'objet du présent pourvoi, l'accusé a de nouveau été déclaré coupable. Il a interjeté appel contre cette déclaration de culpabilité en alléguant encore une fois les faiblesses de la preuve d'identification et les erreurs commises dans les directives au jury portant sur la preuve d'identification. En outre, il a soutenu que la juge du procès avait commis une erreur en disant au jury qu'il pouvait inférer d'un alibi auquel il n'ajoutait pas foi que l'accusé était coupable, alors qu'il n'existait aucune preuve extrinsèque de fabrication ou d'invention récente. Le ministère public a reconnu que les directives de la juge du procès sur l'alibi étaient erronées, mais la Cour d'appel a appliqué la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) et a rejeté l'appel.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel : Les directives que la juge du procès a données au jury sur la preuve d'identification n'étaient pas insuffisantes au point de constituer une erreur de droit. Dans les circonstances de la présente affaire, la juge du procès aurait dû prévenir de façon plus ferme le jury qu'il était très difficile de considérer l'identification de l'accusé à l'audience comme une identification directe fiable de l'auteur de l'infraction. Il importe de se rappeler que le danger que présente l'identification par témoin oculaire à l'audience est qu'elle donne l'illusion d'être crédible, surtout parce qu'elle est honnête et sincère. L'effet dramatique qu'a l'identification faite à l'audience en présence du jury peut augmenter la valeur dénaturée que le jury risque de lui accorder. La directive selon laquelle « peu de poids » doit être accordé à une telle identification n'est pas suffisante pour écarter le risque que le jury lui accorde un poids qu'elle ne mérite pas. Dans la présente affaire en particulier, il aurait été prudent d'insister, pour le bénéfice du jury, sur le fait que le lien existant entre le niveau de confiance d'un témoin et l'exactitude de son témoignage est très ténu. En outre, on aurait également dû mettre l'accent sur l'impossibilité d'annuler l'effet qu'a eu sur la victime le fait d'avoir vu l'accusé être arrêté par la police à titre d'auteur présumé de l'agression qu'elle avait subie. De même, on ne pouvait pas s'attendre à ce qu'elle puisse dissocier le souvenir antérieur qu'elle avait de son agresseur de l'image mentale qu'elle s'était formée après avoir vu l'accusé à la télévision.

Le ministère public a concédé à juste titre que les directives que la juge du procès avait données sur l'alibi étaient erronées en l'absence de preuve que l'accusé avait participé à la présentation d'un alibi fabriqué. L'état du

a defence of alibi may be summarized as follows. In the absence of evidence of concoction (deliberate fabrication) an alibi that is disbelieved has no evidentiary value. A disbelieved alibi is insufficient to support an inference of concoction or deliberate fabrication. There must be other evidence from which a reasonable jury could conclude that the alibi was deliberately fabricated and that the accused was involved in that attempt to mislead the jury. It is the attempt to deceive, and not the failed alibi, that supports an inference of consciousness of guilt. In appropriate cases, for instance if there were multiple accused, the jury should be instructed that the fabricated alibi may be used to place the accused at the scene of the crime, but may fall short of directly implicating him in its commission. When there is evidence that an alibi was fabricated, at the instigation or with the knowledge and approval of the accused, that evidence may be used by the jury to support an inference of consciousness of guilt. In cases where such an inference is available, the jury should be instructed that it may, not must, be drawn. A fabricated alibi is not conclusive evidence of guilt.

The curative proviso cannot be used to overcome the erroneous instructions on the defence of alibi in this case. The error was not a trivial error nor one that would be unlikely to have had any effect on the verdict. The trial judge's erroneous instructions implied that the jury could find evidence of concoction allowing them to infer that the accused was guilty. This is a serious error that provided the jury with a direct route to guilt. Despite the circumstantial evidence that points to the accused, it cannot be confidently said that a conviction is a foregone conclusion in the sense that any other reasonable jury would inevitably convict.

Per L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. (dissenting): The trial judge's directions to the jury on identification evidence did not constitute an error of law. Moreover, her warning in this regard was adequate. The trial judge's direction to the jury pointed out the general and specific problems with the identification evidence while at the same time respecting the role of the jury to weigh the evidence that was properly before it. With regard to the in-court identification of the accused, the trial judge clearly explained to the jury the possibility that the witnesses recognized the accused from their memory of the photographic line-up or newscast rather than from the scene of the crime. She instructed the jury that for

droit en ce qui concerne le rejet d'un alibi invoqué comme moyen de défense peut être résumé ainsi. En l'absence d'une preuve d'invention (fabrication délibérée), l'alibi auquel on n'ajoute pas foi n'a aucune valeur probante. Un alibi auquel on n'ajoute pas foi n'est pas suffisant pour étayer une conclusion d'invention ou de fabrication délibérée. Il doit y avoir d'autres éléments de preuve qui permettraient à un jury raisonnable de conclure que l'alibi a été fabriqué délibérément et que l'accusé a participé à cette tentative d'induire le jury en erreur. C'est la tentative d'induire en erreur, et non le rejet de l'alibi, qui justifie une inférence de conscience de culpabilité. Dans les cas où cela est indiqué, notamment lorsqu'il y a plusieurs accusés, le jury devrait être informé que l'alibi fabriqué peut être utilisé pour situer l'accusé sur les lieux du crime, mais qu'il se peut qu'il ne permette pas de l'impliquer directement dans la perpétration du crime. Lorsqu'il existe une preuve qu'un alibi a été fabriqué, à l'instigation de l'accusé ou à sa connaissance et avec son approbation, cette preuve peut être utilisée par le jury pour étayer une inférence de conscience de culpabilité. Dans les cas où une telle inférence est possible, le jury devrait être informé qu'il peut, et non qu'il doit, la faire. Un alibi fabriqué n'est pas une preuve concluante de culpabilité.

On ne saurait recourir à la disposition réparatrice pour faire abstraction des directives erronées qui ont été données, en l'espèce, au sujet du moyen de défense fondé sur un alibi. Il ne s'agissait pas d'une erreur négligeable ni d'une erreur qui n'aurait vraisemblablement eu aucune incidence sur le verdict. Les directives erronées de la juge du procès laissaient entendre que le jury pouvait conclure à l'existence d'une preuve de fabrication lui permettant d'inférer que l'accusé était coupable. Il s'agit là d'une erreur grave qui a ouvert au jury une voie directe vers une déclaration de culpabilité. Malgré la preuve circonstancielle qui tend à prouver la culpabilité de l'accusé, on ne peut pas dire en toute confiance qu'une déclaration de culpabilité est inéluctable en ce sens que tout autre jury raisonnable conclurait inévitablement à la culpabilité.

Les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache (dissidents) : Les directives que la juge du procès a données au jury relativement à la preuve d'identification ne constituent pas une erreur de droit. De plus, la mise en garde qu'elle a formulée à cet égard est suffisante. Dans la directive qu'elle a donnée au jury, la juge du procès a fait ressortir les problèmes généraux et spécifiques que pose la preuve d'identification tout en respectant le rôle du jury qui était de soupeser la preuve dont il était saisi à bon droit. En ce qui concerne l'identification de l'accusé à l'audience, la juge du procès a clairement expliqué au jury qu'il se pouvait que les témoins aient reconnu l'accusé en fonction du souvenir qu'ils avaient des photos qui leur avaient

this reason the in-court identification was entitled to little weight. This instruction was appropriate because it pointed out to the jury the weaknesses associated with the evidence without encroaching on the jury's essential function as the trier of fact. Whether the victim was able to identify the accused as her assailant, or whether she was merely identifying him as the man she saw being arrested and at previous hearings, was ultimately a question for the jury to answer.

The question to be asked when considering the application of the proviso is whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made. In answering this question, the strength of the Crown's case, otherwise stated as "the legally admissible evidence untainted by the error", is one factor to be considered, along with the seriousness of the error in question and the effect it likely had upon the jury's inference-drawing process. The Crown's case was a strong one. More importantly, the trial judge mitigated the seriousness of the error contained in the then standard jury instructions by tailoring the instruction to the particular circumstances of the case. The trial judge instructed the jury that they could draw an inference of guilt if they concluded that the alibi put forward by the accused was false and was put forward to deceive them, an instruction that was erroneous in the absence of independent evidence of fabrication or concoction. She nevertheless went on to remind the jury that the Crown did not suggest concoction or fabrication. The trial judge in effect neutralized the impact of the error by immediately withdrawing it from the jury's consideration. When the error in the trial judge's instructions on alibi is considered in the context of the charge as a whole and against the background of the entire trial, it is evident that there was no reasonable possibility that the error would have impacted upon the reasoning process of the jury. Given the trial judge's charge in its entirety and the circumstances of this particular case, the danger of a miscarriage of justice arising from the trial judge's misdirection on alibi was more theoretical than real. The test for the application of the proviso is not whether it is in theory possible that the verdict would have been different had the error not been made, but rather whether there is a reasonable possibility that the verdict would have been different taking into account the background of the whole trial. Applying the proviso in the circumstances of this trial even though it was not applied in the first trial creates no inconsistency. Having determined that there was no real possibility that the error in question affected the reasoning process of the jury, it is

été montrées ou du bulletin d'information, au lieu de le reconnaître en fonction du souvenir qu'ils avaient de la personne qu'ils avaient aperçue sur les lieux du crime. Elle a dit au jury que, pour cette raison, il fallait accorder peu de poids à l'identification faite à l'audience. Cette directive était appropriée étant donné qu'elle signalait au jury les faiblesses liées à cette preuve sans empêcher sur la fonction essentielle de ce dernier qui est d'agir comme juge des faits. La question de savoir si la victime était capable d'identifier l'accusé comme étant son agresseur, ou si elle l'a simplement identifié comme étant l'homme qu'elle a vu en état d'arrestation et lors des audiences précédentes, est une question qu'il appartient au jury de trancher en définitive.

Pour décider si la disposition réparatrice s'applique, il faut se demander s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question. Pour répondre à cette question, la force probante de la preuve du ministère public, c'est-à-dire « la preuve légalement admissible non viciée par l'erreur », n'est qu'un des facteurs à considérer au même titre que la gravité de l'erreur en question et l'effet qu'elle a vraisemblablement eu sur le processus d'inférence du jury. La preuve du ministère public était concluante. Qui plus est, la juge du procès a atténué la gravité de l'erreur contenue dans les directives qui étaient alors habituellement données au jury en adaptant la directive aux circonstances particulières de l'affaire. La juge du procès a informé le jury qu'il pouvait inférer que l'accusé était coupable s'il concluait que l'alibi invoqué par ce dernier était faux et qu'il avait été présenté dans le but de l'induire en erreur; pareille directive était erronée en l'absence d'une preuve indépendante de fabrication ou d'invention. Elle a néanmoins rappelé au jury que le ministère public ne laissait pas entendre qu'il y avait eu invention ou fabrication. En réalité, la juge du procès a neutralisé l'effet de l'erreur en soustrayant aussitôt la directive en cause à l'appréciation du jury. Lorsqu'on examine l'erreur qu'elle a commise dans les directives sur l'alibi en fonction de l'ensemble de l'exposé et du procès, il est évident qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable que cette erreur ait influé sur le raisonnement du jury. Vu l'ensemble de l'exposé de la juge du procès et les circonstances particulières de la présente affaire, le risque d'erreur judiciaire résultant de sa directive erronée sur l'alibi était plus théorique que réel. Le critère d'application de la disposition réparatrice est de savoir non pas s'il est théoriquement possible que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur, mais plutôt s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent compte tenu de l'ensemble du procès. Appliquer la disposition réparatrice dans les circonstances du présent procès, même si elle ne l'a pas été lors du premier procès, n'a rien de contradictoire. Après avoir conclu à l'absence de possibilité réelle que l'erreur en

only logical to conclude that the accused was convicted because the evidence against him was overwhelming.

Cases Cited

By Arbour J.

Referred to: *R. v. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538; *R. v. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *R. v. Witter* (1996), 105 C.C.C. (3d) 44; *R. v. Coutts* (1998), 16 C.R. (5th) 240, leave to appeal dismissed, [1999] 1 S.C.R. xii; *R. v. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157; *R. v. Carey* (1996), 113 C.C.C. (3d) 74; *R. v. Michaud*, [1996] 2 S.C.R. 458; *R. v. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86.

By Bastarache J. (dissenting)

Mezzo v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549; *Canning v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 991; *R. v. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116; *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53; *R. v. Edwardson* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 362; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538; *R. v. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157; *R. v. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417; *R. v. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

Cory, Peter deCarteret. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg: Manitoba Justice, 2001.

Ferguson, Gerry A., and John C. Bouck. *Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 2, 2nd ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1989 (loose-leaf updated November 1993).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 134 B.C.A.C. 281, [2000] B.C.J. No. 392 (QL), 2000 BCCA 144,

question ait influencé le raisonnement du jury, il n'est que logique de conclure que l'accusé a été déclaré coupable parce que la preuve pesant contre lui était accablante.

Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

Arrêts mentionnés : *R. c. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538; *R. c. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *R. c. Witter* (1996), 105 C.C.C. (3d) 44; *R. c. Coutts* (1998), 16 C.R. (5th) 240, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 1 R.C.S. xii; *R. c. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157; *R. c. Carey* (1996), 113 C.C.C. (3d) 74; *R. c. Michaud*, [1996] 2 R.C.S. 458; *R. c. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Mezzo c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549; *Canning c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 991; *R. c. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53; *R. c. Edwardson* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 362; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86; *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538; *R. c. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157; *R. c. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417; *R. c. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

Doctrine citée

Cory, Peter deCarteret. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg: Manitoba Justice, 2001.

Ferguson, Gerry A., and John C. Bouck. *Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 2, 2nd ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1989 (loose-leaf updated November 1993).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 134 B.C.A.C. 281, [2000] B.C.J. No. 392 (QL), 2000 BCCA 144,

dismissing the accused's appeal from his conviction for attempted murder. Appeal allowed and new trial ordered, L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. dissenting.

J. M. Peter Firestone and Catherine Tyhurst, for the appellant.

Kate Ker, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

¹ The appellant appeals his conviction by a jury on a charge of attempted murder. The principal issue in this appeal is the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (the "proviso"). The Crown concedes that the trial judge erred in her instructions to the jury on the defence of alibi. The question is whether that error, in itself, or combined with other errors alleged by the defence, necessitates a new trial, or whether, as the Court of Appeal found, the Crown's case was so strong that the jury would inevitably have convicted had the error not been made.

² In my view, s. 686(1)(b)(iii) cannot be applied in this case to preserve the conviction and the verdict of the jury must be set aside. As is common in these types of cases, the evidence must be reviewed in some detail in order to assess the nature and likely impact of the errors in the charge.

II. Overview

³ On October 24, 1993, Janet McLeod, a real estate agent, was a victim of a brutal attack while she was holding an open house at 151 Campbell Street in Duncan, British Columbia. A man she described as

qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache sont dissidents.

J. M. Peter Firestone et Catherine Tyhurst, pour l'appellant.

Kate Ker, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

L'appellant se pourvoit contre sa déclaration de culpabilité de tentative de meurtre prononcée par un jury. La principale question qui se pose en l'espèce concerne l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (la « disposition réparatrice »). Le ministère public reconnaît que la juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury concernant le moyen de défense fondé sur un alibi. Il s'agit de savoir si cette erreur, en soi ou combinée à d'autres erreurs alléguées par la défense, nécessite la tenue d'un nouveau procès, ou si, comme l'a conclu la Cour d'appel, la preuve du ministère public était à ce point concluante que le jury aurait inévitablement prononcé un verdict de culpabilité en l'absence de l'erreur en cause.

À mon avis, on ne peut pas en l'espèce avoir recours au sous-al. 686(1)(b)(iii) pour maintenir la déclaration de culpabilité et le verdict du jury doit être annulé. Comme c'est généralement le cas dans ce type d'affaires, il faut procéder à un examen assez détaillé de la preuve pour déterminer la nature des erreurs contenues dans l'exposé au jury et en évaluer l'incidence probable.

II. Synthèse

Le 24 octobre 1993, Janet McLeod, une agente immobilière, a été agressée sauvagement pendant une visite libre qu'elle avait organisée au 151, rue Campbell, à Duncan (Colombie-Britannique). Un

wearing a felt-type English driving hat (described in other evidence as an “Andy Capp” style hat) arrived by himself to visit the house at approximately 3:00 p.m. In the course of touring the house, the man provided Mrs. McLeod with numerous personal details, including that he lived nearby on Trunk Road with his wife and two daughters aged 13 to 15, that he had moved to Duncan from Ontario, and that he was waiting for a military pension to be issued. Mrs. McLeod took the man into the garage to explain how it could be converted into an extra bedroom. When she went to plug in a light, the man struck her from behind, beat her, and strangled her until she was unconscious. Mrs. McLeod was severely beaten with a blunt object swung with tremendous force. The evidence suggested that after the beating, the assailant left the garage to clean himself in the house, and then returned and tied an electrical cord around her neck. She was found in a pool of blood by neighbours who heard the commotion. The attack was vicious and Mrs. McLeod’s injuries were life threatening.

The appellant, Mr. Hibbert, was interviewed by the police on the morning of November 3, 1993. He was arrested that same day and a warrant to search his residence was executed. He was released and then arrested a second time on December 14, 1993. He has been in custody since that time.

On December 20, 1994, Mr. Hibbert was convicted of attempted murder by a jury in a trial presided by Hutchison J. of the Supreme Court of British Columbia. Mr. Hibbert appealed the conviction on the grounds that the trial judge failed to charge the jury properly on weaknesses in the identification evidence and on the significance of the alibi evidence. The appeal was allowed, and the British Columbia Court of Appeal declined to apply s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to cure the error. The court set aside the conviction and ordered a new trial.

homme coiffé, selon elle, d’une casquette de feutre de type anglais (décrite dans un autre témoignage comme une casquette de style « Andy Capp ») est arrivé seul vers 15 h pour visiter la maison. Pendant la visite de la maison, l’homme a communiqué à M^{me} McLeod de nombreux détails personnels. Il lui a notamment confié qu’il habitait tout près, sur le chemin Trunk, avec sa femme et ses deux filles âgées de 13 et 15 ans, qu’il avait quitté l’Ontario pour déménager à Duncan et qu’il allait toucher une pension de service militaire. Madame McLeod a emmené l’homme dans le garage pour lui expliquer comment il pouvait être converti en chambre à coucher supplémentaire. Elle s’apprêtait à brancher une lampe lorsque l’homme l’a frappée par derrière, l’a battue et l’a étranglée jusqu’à ce qu’elle perde conscience. Madame McLeod a été sauvagement et très violemment battue au moyen d’un objet contondant. La preuve indique qu’après avoir battu la victime l’agresseur est sorti du garage pour aller se laver dans la maison et qu’il est ensuite revenu enrouler un cordon électrique autour du cou de la victime. Les voisins, alertés par le bruit, ont trouvé cette dernière gisant dans une mare de sang. L’agression a été d’une rare violence et les blessures subies par M^{me} McLeod ont fait craindre pour sa vie.

L’appelant, M. Hibbert, a été interrogé par la police dans la matinée du 3 novembre 1993. Il a été arrêté le même jour et un mandat de perquisition a été exécuté à sa résidence. Il a été libéré puis arrêté de nouveau le 14 décembre 1993. Il est détenu depuis cette date.

Le 20 décembre 1994, M. Hibbert a été déclaré coupable de tentative de meurtre par un jury à l’issue d’un procès présidé par le juge Hutchison de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Monsieur Hibbert en a appelé de cette déclaration de culpabilité pour le motif que le juge du procès n’avait pas donné au jury des directives suffisantes sur les faiblesses de la preuve d’identification et l’importance de la preuve d’alibi. L’appel a été accueilli et la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a refusé d’appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour remédier à l’erreur. La cour a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

4

5

6

In a second jury trial before Dorgan J. in March of 1997, Mr. Hibbert was again convicted. He appealed that conviction, again alleging weaknesses in identification evidence and errors in the instructions to the jury about the evidence of identification. In addition, he alleged that the trial judge erred in telling the jury they could infer guilt from a disbelieved alibi when there was no extraneous evidence of fabrication or contrivance. The Crown conceded that the trial judge's instructions on the latter point were in error but the Court of Appeal applied the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) and dismissed the appeal: (2000), 134 B.C.A.C. 281, 2000 BCCA 144. Mr. Hibbert appeals that decision to this Court on the grounds that the Court of Appeal erred in failing to find a reversible error in the trial judge's charge to the jury on identification, and, having found that there was an error in the alibi jury instruction, in deciding to apply the curative proviso.

III. The Evidence

7

The Crown's case was largely based on circumstantial evidence. No motive was ever advanced for this unprovoked and sudden attack. In essence, the strength of the Crown's case rested on the victim's knowledge of the personal details of the appellant's life; on the in-court identification of the appellant by Mrs. McLeod and a neighbour who saw the assailant leaving the residence; on DNA evidence that linked both the appellant and the victim to a cap found hanging in a tree on the assailant's escape route; and on various other pieces of circumstantial evidence that cumulatively point to the appellant as the assailant. However, Mr. Hibbert put forward explanations, some stronger than others, for each piece of evidence presented by the Crown. I will now review this evidence in more detail.

Lors d'un second procès présidé par la juge Dorgan en mars 1997, M. Hibbert a de nouveau été déclaré coupable. Il a interjeté appel contre cette déclaration de culpabilité en alléguant encore une fois les faiblesses de la preuve d'identification et les erreurs commises dans les directives au jury portant sur la preuve d'identification. En outre, il a soutenu que la juge du procès avait commis une erreur en disant au jury qu'il pouvait inférer d'un alibi auquel il n'ajoutait pas foi que l'accusé était coupable, alors qu'il n'existait aucune preuve extrinsèque de fabrication ou d'invention récente. Le ministère public a reconnu que les directives de la juge du procès sur ce dernier point étaient erronées, mais la Cour d'appel a appliqué la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b(iii) et a rejeté l'appel : (2000), 134 B.C.A.C. 281, 2000 BCCA 144. Monsieur Hibbert en appelle de cette décision devant la Cour en faisant valoir que la Cour d'appel s'est trompée en ne concluant pas que la juge du procès a commis une erreur justifiant une annulation de sa condamnation dans son exposé au jury relativement à l'identification et, après avoir statué que la directive au jury concernant l'alibi était entachée d'une erreur, en décidant d'appliquer la disposition réparatrice.

III. La preuve

La preuve du ministère public était en grande partie circonstancielle. Aucun mobile n'a jamais été avancé pour expliquer cette agression gratuite et soudaine. Essentiellement, la force probante de la preuve du ministère public résidait dans la connaissance qu'avait la victime des détails de la vie personnelle de l'appellant, l'identification de l'appellant à l'audience par M^{me} McLeod et par une voisine qui avait vu l'agresseur quitter la résidence, une preuve génétique reliant l'appellant et la victime à une casquette trouvée accrochée à un arbre sur la route empruntée par l'agresseur pour s'enfuir, ainsi que divers autres éléments de preuve circonstancielle qui, cumulativement, indiquaient que l'appellant était l'agresseur. Toutefois, M. Hibbert a présenté des explications, certaines plus solides que d'autres, au sujet de chaque élément de preuve présenté par le ministère public. J'examinerai maintenant plus en détail ces éléments de preuve.

A. *Identification Evidence*

(1) The Victim — Janet McLeod

Mrs. McLeod could barely speak when she arrived at the hospital on the afternoon of October 24th. She related a description of the man who assaulted her and the personal details he shared with her to the attending doctor. A nurse in attendance recorded her description on the hospital record. The description was of a 55-year-old male, five feet eight inches tall, 180 pounds, with grey hair and a grey sweater who told Mrs. McLeod that he had a wife, two girls, lived on or near Trunk Road, came from Ontario, and had a military background. Mrs. McLeod also provided a physical description of her assailant to a constable who came to see her in the treatment room on the afternoon of October 24, 1993. She described her assailant as a 55-year-old Caucasian male without an accent, five feet eight inches tall, 180 pounds with grey hair, bushy eyebrows with some grey in them, a brown felt-type English driving hat, brown sweater with possibly a white shirt underneath, and dark brown pants. Mrs. McLeod also gave a physical description to another constable on October 28, 1993 describing the assailant as a male 55 years or older, five feet eight inches tall, stocky build, round face, wearing a brown “Andy Capp” style hat, large hands and fingers, brown jacket or sweater, with no recollection of whether he had an accent. On October 31, 1993, soon after the bandages were removed from her eyes, Mrs. McLeod and a police sketch artist prepared a composite sketch. She rated the composite a 6 or 7 out of 10 for accuracy.

On November 4, 1993, while still in hospital, Mrs. McLeod was shown an eight-person photo line-up which included the appellant. Mr. Hibbert’s photograph was number 7. Mrs. McLeod did not positively identify anyone and she wrote nothing on her ballot sheet. While viewing the line up,

A. *La preuve d’identification*

(1) La victime — Janet McLeod

Madame McLeod pouvait à peine parler à son arrivée à l’hôpital au cours de l’après-midi du 24 octobre. Elle a décrit au médecin traitant l’homme qui l’avait agressée et lui a relaté les détails personnels qu’il lui avait communiqués. Une infirmière en service a consigné, dans le dossier d’hospitalisation, la description donnée par la victime. Madame McLeod a décrit l’agresseur comme étant un homme de 55 ans mesurant cinq pieds et huit pouces, pesant 180 livres, ayant les cheveux gris et portant un chandail gris, qui lui a dit qu’il avait une femme et deux filles, qu’il habitait sur le chemin Trunk ou près de là, qu’il venait de l’Ontario et qu’il avait fait carrière dans l’armée. Madame McLeod a également donné une description physique de son agresseur à un policier venu la rencontrer dans la salle de traitement au cours de l’après-midi du 24 octobre 1993. Elle a alors décrit son agresseur comme étant un homme de race blanche âgé de 55 ans, sans accent, mesurant cinq pieds et huit pouces, pesant 180 livres, ayant les cheveux gris et les sourcils épais grisonnants, portant une casquette de feutre brun de type anglais, un chandail brun et peut-être une chemise blanche en dessous, et des pantalons brun foncé. Madame McLeod a aussi donné une description physique de son agresseur à un autre policier le 28 octobre 1993, elle l’a alors décrit comme étant un homme de 55 ans ou plus, mesurant cinq pieds et huit pouces, trapu, ayant le visage rond, de grosses mains et de gros doigts, et portant une casquette brune de style « Andy Capp » ainsi qu’un blouson ou un chandail brun; toutefois, elle ne se rappelait pas s’il avait un accent. Le 31 octobre 1993, peu après qu’on lui eut retiré ses pansements aux yeux, M^{me} McLeod et un dessinateur de la police ont préparé un portrait-robot. Elle a accordé une note de 6 ou 7 sur 10 pour la ressemblance du portrait-robot.

Le 4 novembre 1993, on a montré à M^{me} McLeod une série de huit photos dont celle de l’appelant, à des fins d’identification, alors qu’elle était encore hospitalisée. La photo de M. Hibbert portait le numéro 7. Madame McLeod n’a identifié personne formellement et n’a rien écrit sur sa fiche

she expressed that she thought that she had seen the person in picture number 7 before, and said “I feel like I’ve had a conversation with him”. She also indicated that it might not have been on the day of the attack, and could have been some time before. On the day of the photo line-up, Mrs. McLeod was tired, in a great deal of pain, and under the effects of morphine.

10 At the time of Mr. Hibbert’s second arrest on December 14, 1993, a local news station showed footage of him being escorted by sheriffs into the courthouse in handcuffs.

11 After being alerted by a television news station that there was an arrest in her case, Mrs. McLeod and her husband watched the early evening television news footage which showed Mr. Hibbert at the courthouse in police custody. Mrs. McLeod asked her husband to tape the nightly news segment with the same footage. The next morning they watched the tape together and freeze-framed and studied the shot of Mr. Hibbert under arrest. That same morning, one of the police constables on the case called the McLeods to update them on the status of the case and learned they had seen and taped a news film clip of the arrest. Mrs. McLeod told him they had “got the right man”. The constable came to the McLeods’ house and watched the tape with them. He then seized the tape.

12 Mrs. McLeod identified Mr. Hibbert in court, both at the preliminary hearing and at the first trial, as her assailant. At the second trial, she was asked if she was able to recognize the man who assaulted her as being a person in the courtroom. Crown counsel added: “It’s important for the jury to know, Mrs. McLeod, whether or not you are able to identify your attacker and not someone that you have seen subsequently, do you understand?” Mrs. McLeod identified the appellant.

d’identification. Pendant qu’elle examinait la série de photos, elle a dit qu’elle pensait avoir déjà vu la personne figurant sur la septième photo, ajoutant qu’elle avait [TRADUCTION] « l’impression d’avoir déjà eu une conversation avec lui ». Elle a ajouté qu’il se pouvait que cette conversation ait eu lieu non pas le jour de l’agression, mais quelque temps auparavant. Le jour où elle a participé à cette séance d’identification, M^{me} McLeod était fatiguée, très souffrante et sous l’effet de la morphine.

Au moment de la seconde arrestation de M. Hibbert le 14 décembre 1993, une station de nouvelles locales a diffusé des séquences le montrant alors qu’il faisait son entrée au palais de justice, escorté par des shérifs et menotté.

Informés par une station de nouvelles télévisées qu’on avait procédé à une arrestation relativement à son dossier, M^{me} McLeod et son mari ont regardé au téléjournal de début de soirée des séquences montrant M. Hibbert au palais de justice sous garde policière. Madame McLeod a demandé à son mari d’enregistrer le segment du téléjournal de fin de soirée montrant les mêmes séquences. Le lendemain matin, ils ont visionné l’enregistrement ensemble et ils ont arrêté l’image sur M. Hibbert en état d’arrestation pour l’examiner. Ce matin-là, l’un des policiers affectés à l’affaire a téléphoné aux McLeod pour les informer de l’état du dossier et a appris que ceux-ci avaient vu et enregistré une séquence filmée de l’arrestation. Madame McLeod lui a dit qu’ils avaient [TRADUCTION] « arrêté la bonne personne ». Le policier s’est rendu chez les McLeod et a visionné l’enregistrement avec eux. Il a ensuite saisi la bande.

Madame McLeod a identifié M. Hibbert à l’audience, tant à l’enquête préliminaire qu’au premier procès, comme étant son agresseur. Lors du second procès, on lui a demandé si elle était capable de reconnaître l’homme qui l’avait agressée parmi les gens se trouvant dans la salle d’audience. L’avocat du ministère public a ajouté : [TRADUCTION] « Il est important que le jury sache, M^{me} McLeod, si vous êtes ou non en mesure d’identifier votre agresseur, et non pas quelqu’un que vous avez vu par la suite, vous comprenez? » Madame McLeod a identifié l’appelant.

(2) Witness — Carol Baker

Carol Baker lived immediately next door to the open house residence that was the site of the attack. At approximately 3:00 p.m., while outside, she heard a voice calling for help from the direction of the open house and what sounded like thumping on the garage door. She went inside her own house to investigate further by looking from her house window into the garage window at 151 Campbell. She made eye contact with a man in the garage. She testified that he “stared her down”. He went out of sight but she saw him again through the window shortly after. That afternoon, Mrs. Baker provided police with a description of the man she saw, describing him as between five feet eight and five feet ten inches tall, white skinned, approximately fifty-ish years old, of medium build, and wearing a tan “tam-like” hat. Mrs. Baker subsequently referred to the hat as an “Andy Capp” hat after the police officer she was talking to described it as an “Andy Capp” hat. On cross-examination, Mrs. Baker admitted that her estimate of the man’s height was a wild guess since she saw only a portion of his body through the windows.

The day after the attack, Mrs. Baker worked with a police sketch artist (a different artist than the one who subsequently worked with Mrs. McLeod) on a head-on and profile composite drawing of the assailant. She assessed the composite sketches as, at best, a 5 out of 10 for accuracy of likeness to the man she saw.

On November 4, 1993, Carol Baker was shown the same eight-person photo line-up as Janet McLeod. She noted on the ballot that the appellant’s photograph resembled the person she saw but she could not be positive. While at the photo line-up, Mrs. Baker was asked, “if you saw the person do you think you would be able to recognize him for sure, I mean if you saw a photograph similar to these

(2) Témoïn — Carol Baker

Carol Baker habitait la maison voisine de celle où avait lieu la visite libre et où est survenue l’agression. Vers 15 h, alors qu’elle était à l’extérieur, elle a entendu un appel à l’aide provenant de la maison où avait lieu la visite libre, de même que ce qui lui a semblé être des coups sur la porte du garage. Afin d’en savoir davantage, elle est entrée chez elle pour regarder par la fenêtre de sa maison dans la fenêtre du garage du 151, rue Campbell. Son regard a croisé celui d’un homme se trouvant dans le garage. Elle a témoigné que cet homme [TRADUCTION] « l’avait dévisagée ». Elle l’a perdu de vue, mais il est réapparu à la fenêtre peu après. Ce même après-midi, M^{me} Baker a fourni à la police une description de l’homme qu’elle avait vu, précisant qu’il mesurait entre cinq pieds et huit pouces et cinq pieds et dix pouces, qu’il était de race blanche, qu’il était âgé d’une cinquantaine d’années, qu’il était de carrure moyenne et qu’il portait un [TRADUCTION] « genre de béret » de couleur brun clair. Madame Baker a par la suite parlé de la casquette comme étant de style « Andy Capp » après que le policier avec qui elle s’entretenait l’eut décrite de cette façon. Pendant son contre-interrogatoire, M^{me} Baker a reconnu que son estimation de la taille de l’homme était très approximative puisqu’elle n’avait vu qu’une partie de son corps par la fenêtre.

Le lendemain de l’attaque, M^{me} Baker a travaillé avec un dessinateur de la police (autre que celui avec qui M^{me} McLeod a travaillé subséquentement) à dresser un portrait-robot de l’agresseur, le montrant de face et de profil. Elle a estimé que les portraits-robots méritaient, au plus, une note de 5 sur 10 sur le plan de la ressemblance avec l’homme qu’elle avait vu.

Le 4 novembre 1993, on a présenté à Carol Baker la même série de huit photos que celle montrée à Janet McLeod. Sur la fiche d’identification, elle a noté que la photo de l’appelant ressemblait à l’homme qu’elle avait vu, mais qu’elle était incapable d’affirmer catégoriquement que c’était bien lui. Au moment de la séance d’identification, on lui a posé la question suivante : [TRADUCTION] « si vous

13

14

15

of the person, would you be able to recognize him?” She replied: “I don’t know if I could or not, I might be able to.”

16 Mrs. Baker also saw the news footage of Mr. Hibbert in handcuffs at the time of his arrest. She positively identified him at the preliminary inquiry, and at the first trial, as the man she saw on the day of the attack. As with Janet McLeod, at the second trial she was specifically asked if she recognized the person she saw that day not as someone she had seen in photographs, on television news, or at any other time, but as the man she saw on the day of the attack. Mrs. Baker stated she recognized the appellant, “I recognize him in the box”.

(3) Witness — Heather Visscher

17 Heather Visscher was walking with her parents along a dyke close to the open house and noted a man, walking a street width away, who she thought was out of place because he seemed “less friendly” than other walkers that day. At one point, the man passed ten feet from her and turned onto Trunk Road. She described the man as being in his fifties, approximately five feet ten inches or five feet eleven inches tall with a broad face, a “good head” of black and greying hair, and bushy eyebrows. She did not recall him as having eyeglasses or any head gear but did state his clothes were wet, consistent with him sweating, and that he had a jacket tied around his waist. She was not certain of the time but set it between 2:30 and 3:30 p.m.

18 When shown the photo line-up, she marked the appellant’s photograph on her ballot as the best likeness of the man and wrote in the comment section:

étiez en présence de la personne, penseriez-vous être capable de la reconnaître avec certitude, c’est-à-dire si vous voyiez une photo semblable à celles-ci, seriez-vous capable de la reconnaître? » Elle a répondu : [TRADUCTION] « Je ne sais pas si je pourrais le faire ou non, il se pourrait que je sois capable de la reconnaître. »

Madame Baker a également visionné les séquences présentées au téléjournal et montrant M. Hibbert menotté au moment de son arrestation. Elle l’a identifié formellement lors de l’enquête préliminaire et du premier procès comme étant l’homme qu’elle avait aperçu le jour de l’agression. Comme dans le cas de Janet McLeod, lors du second procès, on a demandé à M^{me} Baker si elle reconnaissait la personne qu’elle avait vue ce jour-là, non pas comme étant quelqu’un qu’elle avait vu sur des photos, au téléjournal ou à tout autre moment, mais comme étant bien l’homme qu’elle avait vu le jour de l’agression. Madame Baker a déclaré qu’elle reconnaissait l’appellant : [TRADUCTION] « Je le reconnais au banc des accusés. »

(3) Témoignage — Heather Visscher

Heather Visscher marchait en compagnie de ses parents le long d’une digue près de la maison où avait lieu la visite libre quand elle a remarqué un homme qui marchait à une distance d’une largeur de rue. Il ne lui a pas paru être à sa place parce qu’il avait l’air [TRADUCTION] « moins amical » que les autres marcheurs ce jour-là. À un moment donné, l’homme est passé à dix pieds d’elle et a emprunté le chemin Trunk. Elle l’a décrit comme étant dans la cinquantaine, mesurant environ cinq pieds et dix pouces ou cinq pieds et onze pouces et comme ayant un visage large, une épaisse chevelure poivre et sel et des sourcils épais. Elle ne se rappelait pas s’il portait des lunettes ou un couvre-chef, mais elle a dit que ses vêtements étaient trempés par ce qui pouvait être de la sueur et qu’il avait un blouson enroulé autour de la taille. Elle n’était pas certaine de l’heure qu’il était, mais elle a estimé qu’il devait être entre 14 h 30 et 15 h 30.

Lors de la séance d’identification à l’aide de photos, elle a coché la photo de l’appellant sur sa fiche d’identification comme étant celle qui

“I came to this conclusion by process of elimination. I am not 100% sure that this is the man I saw, but he most closely resembles the picture I have in my mind of the man I saw that day. The complexion & eyebrows & general shape of his face was what made me think it was him.”

At the trial, Ms. Visscher was asked if she thought she would be able to recognize the man she saw on the dyke that day if she saw him again. She responded that she thought so. When asked if she could identify anyone in the courtroom as the man she saw that day she responded that she could not. When defence counsel pointed to Mr. Hibbert in the prisoner’s dock and asked her if that was the person she saw when she was on the dyke, she stated, “I don’t really think so.”

(4) Witness — Bobby Johnson

Bobby Johnson lived at 147 Campbell Street and was working on his truck in his driveway when he saw a man running from the vicinity of the open house holding something up against his stomach. He then saw the man jump over a fence. He described the man as six feet tall, 170 to 180 pounds, greyish hair, wearing a tan short-sleeved dress shirt and grey dress pants with reddening on the back of the calves. He put the time at 1:00 to 1:30 p.m. He was not, however, wearing a watch. He could not make an identification at trial.

(5) Position of the Defence on Identification Evidence

It was the position of the defence, largely accepted by the courts below, that the identification evidence had very little probative value because it had been contaminated by the news broadcast, but also because of the unreliability of this kind of evidence in general.

ressemblait le plus à l’homme en question et elle a inscrit dans la section réservée aux commentaires : [TRADUCTION] « J’en suis venue à cette conclusion en procédant par élimination. Je ne suis pas tout à fait certaine qu’il s’agit de l’homme que j’ai vu, mais c’est celui qui ressemble le plus à l’image que j’ai de l’homme que j’ai aperçu ce jour-là. Le teint, les sourcils et la forme générale de son visage m’amènent à croire que c’est lui. »

Lors du procès, on a demandé à M^{lle} Visscher si elle pensait être capable de reconnaître l’homme qu’elle avait vu sur la digue ce jour-là si elle le revoyait. Elle a répondu par l’affirmative. Lorsqu’on lui a demandé si elle pouvait identifier l’homme qu’elle a vu ce jour-là parmi les gens se trouvant dans la salle d’audience, elle a répondu par la négative. Lorsque l’avocat de la défense a montré du doigt M. Hibbert au banc des accusés et qu’il lui a demandé s’il s’agissait de la personne qu’elle avait vue lorsqu’elle était sur la digue, elle a dit : [TRADUCTION] « Je ne le crois pas vraiment. »

(4) Témoignage — Bobby Johnson

Bobby Johnson habitait au 147, rue Campbell, et réparait son camion dans l’entrée lorsqu’il a vu un homme qui tenait quelque chose contre son abdomen arriver en courant des alentours de la maison où avait lieu la visite libre. Il l’a vu sauter une clôture. Selon la description qu’il en a donnée, l’homme mesurait six pieds, pesait entre 170 et 180 livres, avait les cheveux grisonnants, portait une chemise à manches courtes de couleur brun clair et des pantalons de ville gris avec des taches rouges à la hauteur des mollets. Selon lui, il était entre 13 h et 13 h 30. Il ne portait toutefois pas de montre. Il a été incapable d’identifier l’homme en question lors du procès.

(5) Position de la défense concernant la preuve d’identification

Suivant la position adoptée par la défense et largement acceptée par les tribunaux d’instance inférieure, la preuve d’identification avait une valeur probante très faible parce qu’elle avait été altérée par les journaux télévisés, mais aussi à cause de la non-fiabilité de ce type de preuve en général.

19

20

21

22

The defence pointed out that Mr. Hibbert had a noticeable facial scar. No witness ever described a scar on the assailant's face. Defence counsel sought and got a re-charge by the trial judge reminding the jury that no one mentioned a scar in their descriptions. Furthermore, Mr. Hibbert testified that he regularly wore glasses. His wife testified that he wore them around 75 percent to 98 percent of the time. He was wearing glasses at the time of his arrest. The descriptions of Mrs. McLeod and Mrs. Baker did not mention glasses.

(6) Others Matching the Appellant's Description

23

Once the police had a composite picture, the picture was distributed widely to local newspapers and to local realtors. There were several dozen tip files created during the course of the investigation. Not one person called the police to say that the appellant matched the composite. Many of the tip files contained information from persons who identified an individual who looked like the composite, or who fit the description, and had just arrived from Ontario. In no case was the appellant identified. A defence witness testified that he had called the RCMP to say that the composite picture was a "dead ringer" for a man he had seen walking on the dyke five or six times over a period of six or seven months up to September 1993. He had conversed with the man who said he was on leave of absence from the dockyard, was with the fire department, and lived in Duncan close to the dyke. According to the witness, the RCMP constable who took his call "didn't put too much credence in what I was telling him because he said people can look at these composite pictures and see different faces there, and so it was pretty well left at that".

B. *Circumstantial Evidence*

24

The Crown's case rested on a combination of the identification evidence described above and various items of circumstantial evidence linking the appellant to the attack.

La défense a fait remarquer que M. Hibbert a une cicatrice apparente au visage. Aucun témoin n'a parlé d'une cicatrice sur le visage de l'agresseur. À la demande de l'avocat de la défense, la juge du procès a donné au jury de nouvelles directives lui rappelant qu'aucune des descriptions données ne faisait état d'une cicatrice. De plus, M. Hibbert a témoigné qu'il portait régulièrement des lunettes. Son épouse a affirmé qu'il les portait de 75 à 98 pour 100 du temps. Au moment de son arrestation, il portait des lunettes. Les descriptions données par M^{mes} McLeod et Baker ne font pas état de lunettes.

(6) Autres personnes dont le signalement correspondait à celui de l'appelant

Une fois que la police eut disposé d'un portrait-robot, elle en a distribué un grand nombre aux journaux et aux agences immobilières de l'endroit. Des douzaines de dossiers d'informations ont été ouverts au cours de l'enquête. Personne n'a appelé la police pour dire que l'appelant correspondait au portrait-robot. Bon nombre des dossiers d'informations contenaient des renseignements provenant de personnes ayant identifié un individu qui ressemblait au portrait-robot ou qui correspondait au signalement, et qui venait tout juste d'arriver de l'Ontario. Dans aucun cas l'appelant n'a été identifié. Un témoin de la défense a témoigné qu'il avait appelé la GRC pour dire que le portrait-robot correspondait en tous points à un homme qu'il avait vu marcher sur la digue à cinq ou six reprises au cours des six ou sept derniers mois ayant précédé septembre 1993. Il avait conversé avec l'homme et ce dernier lui avait dit qu'il était un employé en congé autorisé du chantier naval, qu'il travaillait au service des incendies et qu'il vivait à Duncan près de la digue. Selon le témoin, l'agent de la GRC ayant pris son appel [TRADUCTION] « n'a pas trop cru ce que je lui disais parce que, selon lui, les gens peuvent regarder ces portraits-robots et y voir des visages différents, on en est donc à peu près resté là ».

B. *La preuve circonstancielle*

La preuve du ministère public comprenait la preuve d'identification susmentionnée et divers éléments de preuve circonstancielle reliant l'appelant à l'agression.

(1) Personal Knowledge

The investigation which originally led the RCMP to the appellant was based on information that Mrs. McLeod said was communicated to her by her assailant just before the attack. She told the police that the man who attacked her had given her several specific personal details, including that he lived on Trunk Road, that he was retired from the military and waiting for a pension, that he had just moved from Ontario and that he had two daughters aged 13 to 15. At the time of the attack, all of these details were also true of the appellant.

However, Mrs. McLeod was asked in examination-in-chief whether she had ever met her assailant before the day of the attack. She said:

Um, excuse me, no, I hadn't seen him before, but he mentioned to me that he was from Ontario and waiting for his military pension to come in before he could buy something, and I kind of looked at him because I had spoken to this lady on the phone that was from Ontario with her family and they were waiting for some money to come the following year before they could purchase anything. So -- and then they came to an open house that I had. I had a little house open on Marchmount Road, and, um, I just -- when I heard this fellow was from Ontario, I just kind of looked at him again to see if it was the same person that had come to my open house and realized that it wasn't because the man that I had met from the open house was a very, very small man and this man was quite a bit bigger.

It is therefore clear from her evidence that the personal information from her assailant reminded her of another man she had met a few weeks earlier at another open house who had a similar background. Both Mr. and Mrs. Hibbert testified that they had attended an open house held by Mrs. McLeod on Marchmount Road a few weeks before the attack, and that Mrs. Hibbert had provided the realtor with the information in question about their background.

(1) La connaissance personnelle

L'enquête qui, au départ, a conduit la GRC à l'appellant était fondée sur les renseignements qui, aux dires de M^{me} McLeod, lui avaient été communiqués par son agresseur juste avant l'agression. Elle a raconté à la police que l'homme qui l'avait agressée lui avait communiqué plusieurs détails personnels précis, notamment qu'il habitait sur le chemin Trunk, qu'il était un militaire retraité et qu'il allait toucher une pension, qu'il venait de déménager de l'Ontario et qu'il avait deux filles âgées de 13 et 15 ans. Au moment de l'agression, tous ces détails valaient autant pour l'appellant.

Cependant, on a demandé à M^{me} McLeod, en interrogatoire principal, si elle avait déjà rencontré l'agresseur avant le jour de l'agression. Elle a répondu ceci :

[TRADUCTION] Euh, excusez-moi, non, je ne l'avais jamais vu auparavant, mais il m'a raconté qu'il venait de l'Ontario et qu'il attendait de toucher sa pension de service militaire avant d'acheter quelque chose, et je l'ai en quelque sorte regardé parce que j'avais parlé au téléphone avec cette dame qui venait de l'Ontario avec sa famille et ils attendaient de toucher une somme d'argent au cours de l'année à venir avant de pouvoir acheter quelque chose. Donc -- et ils se sont présentés à une visite libre que j'avais organisée. J'avais organisé une visite libre dans une petite maison du chemin Marchmount, et, euh, j'ai seulement -- lorsque j'ai entendu que cet homme venait de l'Ontario, je l'ai en quelque sorte regardé de nouveau pour voir s'il s'agissait de la même personne qui s'était présentée à ma visite libre et j'ai réalisé que ce n'était pas le cas parce que l'homme que j'avais rencontré lors de cette visite libre était très, très petit et que cet homme était beaucoup plus gros.

Il ressort donc clairement du témoignage de M^{me} McLeod que les renseignements personnels communiqués par son agresseur lui ont rappelé un autre homme qu'elle avait rencontré quelques semaines auparavant à l'occasion d'une autre visite libre et qui avait des antécédents similaires. Monsieur et madame Hibbert ont tous deux témoigné qu'ils avaient participé à une visite libre organisée par M^{me} McLeod sur le chemin Marchmount quelques semaines avant l'agression, et que M^{me} Hibbert avait donné à l'agente immobilière les renseignements personnels en question à leur sujet.

25

26

(2) Shoes

27

Bloody footprints were found at the site of the attack. A police footwear expert gave his opinion that the crime scene shoe impression was similar in gross characteristics, including tread pattern, to the “Venture” running shoe, a brand name of the Zellers department store. The impression at the crime scene was from a size eleven shoe. Mr. Hibbert had owned a pair of black “Venture” brand running shoes purchased at Zellers and had purchased several pairs of Zellers shoes over the years. He wore shoe sizes ranging from size eleven to twelve; his wife testified that he wore size eleven and a half to twelve. At the trial, he wore size twelve shoes. Both Mr. and Mrs. Hibbert testified that his “Venture” running shoes had been thrown away a few weeks before the attack. One of the appellant’s stepdaughters thought the shoes were thrown out shortly after they arrived in Duncan, claiming the “toe was coming off one foot and the heel was coming off the other and they were just ready to go”. The Crown was not able to link the shoe print to any shoe owned by the appellant. The actual footwear that created the specific foot impression at the scene was not discovered during the course of the police investigation.

28

An expert testified at trial that with department store athletic footwear (that is, an economical brand and not a name brand shoe such as Nike or Reebok) foreign manufacturers, primarily in developing countries, make a large quantity of generic soles that are sold and then assembled to the upper part of the shoe by another manufacturing facility which could be in a different country. On cross-examination, the expert noted that he was unable to trace the manufacturer of the sole and could not be sure that this particular sole was not sold as an in-store brand for other companies. Further, unlike the well-known shoe brand companies whose soles are a distinctive part of their branding, with department store shoes such as the “Venture”, the same brand

(2) Les chaussures

Des traces de pas sanglantes ont été découvertes sur les lieux de l’agression. De l’avis d’un expert en chaussures de la police, l’empreinte de chaussure prélevée sur les lieux du crime était identique dans l’ensemble, y compris le dessin de la semelle, à celle de la chaussure de sport « Venture », une marque commerciale du magasin Zellers. L’empreinte laissée sur les lieux du crime était celle d’une chaussure de pointure onze. Monsieur Hibbert avait déjà possédé une paire de chaussures de sport « Venture » noires achetée chez Zellers et il avait déjà acheté plusieurs paires de chaussures chez Zellers au fil des ans. Sa pointure de chaussures variait entre onze et douze; sa femme a témoigné qu’il chaussait du onze et demi ou douze. Lors du procès, il portait des chaussures de pointure douze. Monsieur et madame Hibbert ont tous deux témoigné qu’ils s’étaient départis de ses chaussures de sport « Venture » quelques semaines avant l’agression. L’une des belles-filles de l’appelant croyait que les chaussures avaient été mises au rebut peu après leur arrivée à Duncan, soulignant que [TRADUCTION] « l’orteil sortait d’une chaussure et le talon de l’autre; elles étaient tout juste bonnes à jeter ». Le ministère public n’a été en mesure de relier l’empreinte de chaussure à aucune des chaussures appartenant à l’appelant. L’enquête policière n’a pas permis de retrouver la chaussure à l’origine de l’empreinte laissée sur les lieux du crime.

Lors du procès, un expert a témoigné qu’en ce qui concerne les chaussures de sport vendues dans les grands magasins (c’est-à-dire celles de marque économique et non de marque prestigieuse comme Nike ou Reebok), les fabricants étrangers, surtout dans les pays en développement, produisent une grande quantité de semelles génériques qui sont vendues puis assemblées avec l’empeigne de la chaussure par un autre fabricant qui peut se trouver dans un autre pays. Lors du contre-interrogatoire, l’expert a signalé qu’il avait été incapable de retracer le fabricant de la semelle et qu’il ne pouvait être certain que cette semelle n’était pas vendue comme marque de magasin pour d’autres sociétés. En outre, à la différence des chaussures de marque connue

running shoe could change its tread pattern every year.

The footprints suggested that someone tripped or lost his balance on the steps leading into the house. Mr. Hibbert stated on cross-examination that he twisted his knee the morning of October 24, 1993.

(3) Bite Marks

Mrs. McLeod testified that she bit the assailant “hard” on his hand. Mr. Hibbert had small marks on his hands at the time of his arrest. A dentist called by the Crown was unable to identify those marks as consistent with a bite mark.

(4) DNA

On October 24, 1993 an RCMP officer’s tracking dog found a fresh scent on a blue “Andy Capp” style hat in a tree branch, off the dyke, close to the site of the assault. The officer who seized the cap testified that the cap had two small reddish spots that looked like blood spots. On cross-examination, the officer admitted she did not make a note of the two spots of blood when she seized the hat. The hat was forwarded to a forensic lab on November 2, 1993. Forensic analysis of the cap identified two small areas of blood spots on the outside crown area of the hat. The DNA expert testified that in his expert opinion one of the blood spots matched the DNA profile of Mrs. McLeod and the other matched the DNA profile of the appellant.

Mr. Hibbert testified that he had owned such a cap. Both he and his wife testified that the hat was thrown out with a box of other discarded old clothes in September 1993 when they were unpacking from the move from Ontario. The cap found in the tree branch near the dyke had a piece of masking tape inside with “25 cents” written on it. Both Mr. and

dont les semelles constituent une partie distinctive de l’image, les chaussures de sport de grands magasins, telles que les « Venture », peuvent voir le dessin de leur semelle changer chaque année.

Les traces de pas laissaient croire que quelqu’un avait trébuché ou perdu pied dans les marches conduisant à la maison. Monsieur Hibbert a déclaré en contre-interrogatoire s’être tordu le genou le matin du 24 octobre 1993.

(3) Les morsures

Madame McLeod a témoigné avoir mordu [TRADUCTION] « fort » la main de son agresseur. Monsieur Hibbert avaient de petites marques sur les mains au moment de son arrestation. Un dentiste convoqué par le ministère public a été incapable d’affirmer qu’il s’agissait d’une morsure.

(4) L’ADN

Le 24 octobre 1993, le chien pisteur d’une agente de la GRC a découvert une odeur récente sur une casquette bleue de style « Andy Capp » accrochée à une branche d’arbre, près de la digue et du lieu de l’agression. Selon le témoignage de la policière qui a saisi la casquette, il y avait sur celle-ci deux petites taches rouges semblables à des taches de sang. En contre-interrogatoire, la policière a admis qu’elle n’avait pas pris note des deux taches de sang au moment où elle a saisi la casquette. Cette dernière a été expédiée au laboratoire judiciaire le 2 novembre 1993. L’analyse médico-légale effectuée sur la casquette a permis de constater la présence de deux petites surfaces tachées de sang sur la partie supérieure extérieure de la casquette. L’expert en matière d’ADN a témoigné qu’à son avis l’une des taches de sang correspondait au profil génétique de M^{me} McLeod et l’autre, à celui de l’appellant.

Monsieur Hibbert a reconnu avoir déjà possédé une casquette semblable. Sa femme et lui ont dit que la casquette avait été mise au rebut en même temps qu’une boîte de vieux vêtements en septembre 1993, au moment où ils défaisaient les boîtes du déménagement de l’Ontario. La casquette trouvée sur la branche d’arbre près de la

29

30

31

32

Mrs. Hibbert testified that this sticker was not on the cap when it was discarded.

33 Mr. Hibbert testified that he suffers from a form of dermatitis condition causing dry chapped skin on his hands to open and bleed. He offered that as an explanation for some of the small abrasions on his hands at the time of his arrest, as well as the presence of the small amount of his blood on the hat.

34 In her charge to the jury, Dorgan J. stated that the exhibit officer failed to note either the blood stains or the sticker in her notebook. The defence argued that the exhibit officer was new and had failed to carefully handle the exhibits so that they were subject to contamination, and pointed out that there were mistakes in the log. The defence suggested that the victim's blood on the hat could have been transferred from other clothing seized by the police at the hospital or from the hands of the investigating officers who handled the evidence.

(5) Hair

35 The cap also had several hairs that a hair comparison expert examined. The hair comparison expert examined six hairs taken from the cap (four hairs and two hair fragments). She testified that one of the hair fragments found in the cap was consistent with having originated from the appellant, with a 5 percent chance of coming from another source. Two hairs were inconsistent with Mr. Hibbert's and he was eliminated as a source for them. Four hairs were not consistent with having originated from either the appellant or Mrs. McLeod but because of some similarities to the appellant's hair sample, he could not be eliminated as a source. The cap also contained six non-human hairs indicative of having originated from a member of the dog family and two non-human hairs indicative of having originated from the rabbit family.

digue avait, à l'intérieur, un morceau de ruban-cache portant l'inscription « 25 cents ». Monsieur et madame Hibbert ont témoigné que cet autocollant n'était pas sur la casquette lorsqu'ils l'ont mise au rebut.

Monsieur Hibbert a dit souffrir d'une forme de dermatite causant une sécheresse de la peau des mains, qui se fendille et saigne. C'est ainsi qu'il a expliqué certaines petites écorchures sur ses mains au moment de son arrestation, ainsi que la présence d'une petite quantité de son sang sur la casquette.

Dans son exposé au jury, la juge Dorgan a dit que l'agente chargée des pièces à conviction avait omis de noter dans son carnet la présence des taches de sang et de l'autocollant. La défense a fait valoir que cette agente était nouvelle et qu'elle n'avait pas manipulé soigneusement les pièces, de sorte que celles-ci avaient été altérées, et elle a souligné que le carnet comportait des erreurs. La défense a prétendu que le sang de la victime trouvé sur la casquette pouvait provenir d'un autre vêtement saisi par la police à l'hôpital ou des mains des enquêteurs ayant manipulé les éléments de preuve.

(5) Les cheveux

Plusieurs cheveux trouvés sur la casquette ont également été examinés par une experte en comparaison de cheveux. Celle-ci en a examiné six (quatre cheveux et deux fragments de cheveu). Elle a déclaré qu'un des fragments de cheveu prélevés sur la casquette provenait de l'appellant, la possibilité qu'il provienne d'une autre personne étant de 5 pour 100. Deux cheveux ne correspondaient pas à ceux de M. Hibbert et la possibilité qu'ils proviennent de lui a été écartée. Quatre cheveux ne correspondaient ni à ceux de l'appellant ni à ceux de M^{me} McLeod, mais parce qu'ils présentaient des similitudes avec l'échantillon de cheveu de l'appellant, la possibilité qu'ils proviennent de lui n'a pas pu être écartée. On a trouvé également sur la casquette six poils d'origine non humaine semblant provenir d'un chien, ainsi que deux poils d'origine non humaine semblant provenir d'un lapin.

C. *Crime Scene Evidence*

No forensic evidence was found at the crime scene at 151 Campbell Street linking the appellant to the location. No forensic evidence was found at Mr. Hibbert's residence, or on any of his clothes, linking him to Mrs. McLeod and the crime. There was a copious amount of blood at 151 Campbell Street, none of which belonged to Mr. Hibbert. The blood at the crime scene matched Mrs. McLeod's DNA profile. Blood was on the bathroom tub faucets and spout, door lock and door frame, and there were bloody footsteps from the garage, up the steps and to the laundry. There was blood in the sink traps at 151 Campbell Street consistent with the attacker washing at the scene. The taps were running when the police arrived.

D. *Evidence of the Appellant*

Mr. Hibbert retired as a Master Corporal in 1993, after 26 years of military service. At the time of the attack he was on his unused sick and vacation leave until his pension was to begin in March 1994. He had no criminal record and no military disciplinary record. The Hibberts moved to Duncan from Ottawa (the location of his last posting) in August 1993 and rented a house on Trunk Road. Trunk Road is about a 10-minute walk from the crime scene. The appellant had two teenage stepdaughters. Mr. and Mrs. Hibbert attended a number of open houses in September and October 1993. Both Mr. and Mrs. Hibbert testified that they attended an open house hosted by Janet McLeod in September 1993. As indicated earlier, Mrs. McLeod's evidence confirms that a couple matching some of the Hibberts' personal characteristics visited that open house in September.

Mr. Hibbert contends that on the morning of October 24, 1993, he drove his wife to a course she

C. *Les éléments de preuve trouvés sur les lieux du crime*

Sur les lieux du crime commis au 151, rue Campbell, on n'a trouvé aucun élément de preuve médico-légale reliant l'appellant à cet endroit. À la résidence de M. Hibbert ou sur ses vêtements, on n'a trouvé aucun élément de preuve médico-légale le reliant à M^{me} McLeod et au crime commis. Au 151, rue Campbell, on a trouvé une grande quantité de sang qui n'était pas celui de M. Hibbert. Le sang prélevé sur les lieux du crime correspondait au profil génétique de M^{me} McLeod. On a trouvé du sang sur le robinet et le bec du robinet du bain, sur la serrure et le chambranle de la porte de la salle de bain, et il y avait sur les marches des traces de pas sanglantes partant du garage et se rendant jusqu'à la buanderie. Il y avait du sang dans les siphons d'évier du 151, rue Campbell, ce qui permettait de déduire que l'agresseur s'était lavé sur les lieux du crime. L'eau du robinet coulait au moment où la police est arrivée.

D. *Les éléments de preuve soumis par l'appellant*

Monsieur Hibbert a pris sa retraite comme caporal-chef en 1993, après 26 ans de service militaire. À l'époque de l'agression, il écoulait ses congés de maladie et ses vacances accumulés jusqu'au moment où il commencerait à toucher sa pension en mars 1994. Il n'avait ni casier judiciaire ni dossier disciplinaire militaire. Les Hibbert ont déménagé d'Ottawa (lieu de sa dernière affectation) à Duncan en août 1993 et ils ont loué une maison sur le chemin Trunk, qui est situé à environ 10 minutes de marche des lieux du crime. L'appellant avait deux belles-filles adolescentes. Monsieur et madame Hibbert ont participé à un certain nombre de visites libres en septembre et en octobre 1993. Ils ont tous deux affirmé qu'ils avaient participé à une visite libre organisée par Janet McLeod en septembre 1993. Comme nous l'avons vu, le témoignage de M^{me} McLeod confirme qu'un couple, dont les caractéristiques personnelles correspondent à celles des Hibbert, a participé à cette visite libre en septembre.

Monsieur Hibbert soutient que, le matin du 24 octobre 1993, il a conduit sa femme à un cours et est

36

37

38

was taking and came home. He testified that he was wearing grey slacks, a green golf shirt and hiking boots. In the afternoon, he drove and accompanied his stepdaughters to a cadet flag-raising ceremony. The ceremony started at 1:30 p.m. After the ceremony, Mr. Hibbert waited while the cadets mingled and talked. He accompanied his stepdaughters on a 10-minute trip to the cadet hall barracks so one of his daughters could be measured for a uniform and issued gear by the training officer. Mr. Hibbert estimated that he and his stepdaughters either returned home at 2:30 p.m. or left the cadet hall at that time. The cadet training officer estimated that Mr. Hibbert and his stepdaughters arrived at the cadet hall between 2:15 p.m. and 2:20 p.m. and left 10 to 20 minutes later. Rachel Edwards, the appellant's stepdaughter, said that they arrived at the cadet hall at 2:15 p.m., stayed 20 minutes and arrived home at 2:45 p.m. It is a 10-minute drive from the hall to their residence on Trunk Road. The appellant testified, and his stepdaughter Rachel confirmed, that upon returning home he prepared dinner and worked on carving a walking stick. Rachel conceded that since she was babysitting a little girl that day, she was not in constant contact with the appellant throughout the afternoon. At 5:00 p.m., Mr. Hibbert picked up his wife. Mrs. Hibbert testified that his demeanor was normal, that he was wearing the same clothing as when he dropped her off in the morning, and that his clothes were orderly. Mrs. Hibbert also testified that he wore hiking boots when he dropped her off in the morning and he had the same boots on when he picked her up.

revenu à la maison. Il a témoigné qu'il portait des pantalons gris, un polo vert et des bottes de randonnée. Au cours de l'après-midi, il a conduit et accompagné ses belles-filles à une cérémonie de lever du drapeau organisée par les cadets. La cérémonie a débuté à 13 h 30. Après la cérémonie, M. Hibbert a attendu pendant que les cadets bavardaient entre eux. Il s'est rendu, en compagnie de ses belles-filles, à la caserne des cadets située à 10 minutes de là, afin de permettre à l'officier instructeur de mesurer l'une des filles en vue de lui remettre un uniforme et de l'équipement. D'après M. Hibbert, ses belles-filles et lui sont revenus à la maison ou ont quitté la caserne des cadets à 14 h 30. Selon l'officier instructeur des cadets, M. Hibbert et ses belles-filles sont arrivés à la caserne entre 14 h 15 et 14 h 20 et en sont repartis 10 ou 20 minutes plus tard. Rachel Edwards, belle-fille de l'appelant, a raconté qu'ils étaient arrivés à la caserne à 14 h 15, qu'ils y étaient restés pendant 20 minutes et étaient revenus à la maison à 14 h 45. Un trajet de 10 minutes en voiture sépare la caserne de leur résidence du chemin Trunk. Selon le témoignage de l'appelant, confirmé par sa belle-fille Rachel, à son retour à la maison, il a préparé le souper et a travaillé à sculpter une canne. Rachel a reconnu qu'étant donné qu'elle gardait une petite fille ce jour-là, elle n'avait pas été en contact avec l'appelant pendant tout l'après-midi. À 17 h, M. Hibbert est allé chercher sa femme. Madame Hibbert a témoigné que son mari affichait un comportement normal, qu'il portait les mêmes vêtements qu'au moment où il l'avait quittée le matin et que ses vêtements étaient en ordre. Madame Hibbert a également témoigné qu'il portait des bottes de randonnée lorsqu'il l'a déposée le matin et qu'il portait les mêmes bottes lorsqu'il est revenu la chercher.

39

The appellant's alibi was corroborated in part by his wife, his stepdaughters, and by other witnesses for the defence, such as the cadet trainer. His stepdaughter, Rachel Edwards, said that the appellant was inside the house during the period between arriving back from the cadet trip and leaving to pick up his wife, with the exception of 10 minutes when he was on the front step working on his walking stick. Ms. Edwards testified that she recalled seeing him on the step at 3:15 p.m. and him coming back into the house 10 minutes later. At trial the

L'alibi de l'appelant a été corroboré en partie par sa femme, ses belles-filles et d'autres témoins de la défense, tel l'instructeur des cadets. Sa belle-fille, Rachel Edwards, a dit que l'appelant était resté à la maison entre le moment où ils étaient revenus de leur visite chez les cadets et celui où il était allé chercher sa femme, à l'exception de la période de 10 minutes pendant laquelle il avait sculpté sa canne sur le perron avant. Mademoiselle Edwards a dit se rappeler l'avoir aperçu sur le perron à 15 h 15 et l'avoir vu rentrer dans la maison 10 minutes plus

stepdaughter said she would have heard the appellant leave. In cross-examination, she stated that she did not wear a watch. However, in November 1993, Ms. Edwards told police that she was playing Nintendo and had music on the day of the assault and that it was possible her father could have left without her knowing. At trial she explained this inconsistency by stating that she was “tired and upset” when she spoke to the police. The other witnesses could not place Mr. Hibbert at home during the period between his arrival home from the cadet ceremony and the time he left to pick up his wife but their testimony was consistent with the defendant’s account of his day. The family acknowledged discussing the times of his whereabouts on the day of the attack after his arrest.

When Mr. Hibbert was initially arrested, he cooperated with police, gave a two-and-one-half-hour tape recorded statement, was fingerprinted, photographed, and voluntarily provided hair for DNA testing.

IV. The Issues

The appellant frames the issues on appeal the following way:

Did the Court of Appeal for British Columbia err in law by imposing the curative provision, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* of Canada after concluding that the trial judge had erred in law in instructing the jury that they could infer guilt from a false alibi?

Did the Court of Appeal for British Columbia err in finding no reversible error in the trial judge’s instructions to the jury on the issue of identification?

V. Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction . . . , the court of appeal

tard. Au procès, la belle-fille a affirmé qu’elle aurait entendu l’appelant s’il avait quitté la maison. Lors du contre-interrogatoire, elle a déclaré qu’elle ne portait pas de montre. Cependant, en novembre 1993, M^{lle} Edwards avait déclaré à la police que, le jour de l’agression, elle jouait au Nintendo et écoutait de la musique et qu’il était possible que son père soit sorti à son insu. Au procès, elle a expliqué cette contradiction par le fait qu’elle était [TRADUCTION] « fatiguée et bouleversée » lorsqu’elle a parlé à la police. Les autres témoins ont été incapables de dire que M. Hibbert était chez lui entre son retour de la cérémonie des cadets et le moment où il est allé chercher sa femme, mais leurs témoignages concordaient avec le compte rendu que le défendeur avait fait de sa journée. La famille a reconnu avoir discuté, après l’arrestation de l’appelant, de la chronologie de ses allées et venues le jour de l’agression.

Lors de sa première arrestation, M. Hibbert a coopéré avec la police, a fait une déclaration enregistrée de deux heures et demie, a fait prendre ses empreintes digitales, a été photographié et a fourni de plein gré des cheveux pour un test d’ADN.

IV. Les questions en litige

L’appelant formule ainsi les questions en litige :

[TRADUCTION]

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur de droit en appliquant la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* du Canada, après avoir conclu que la juge du procès avait commis une erreur de droit en disant au jury qu’il pouvait inférer d’un faux alibi que l’accusé était coupable?

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en concluant que les directives que la juge du procès a données au jury sur la question de l’identification ne comportaient aucune erreur justifiant une annulation?

V. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

686. (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité [. . .], la cour d’appel :

40

41

42

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

. . . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred

VI. Analysis

43

In order to properly address the central issue of the application of the proviso, I find it preferable first to address the adequacy of the trial judge's charge on the issue of identification, then to examine the nature and effect of the conceded error in the judge's charge on the defence of alibi and finally to examine the strength of the Crown's case within the proper framework of s. 686(1)(b)(iii).

A. *The Charge on Identification*

44

The appellant argues that the trial judge's directions to the jury on identification evidence were inadequate. This was the basis on which the appeal in the first trial was successful. In this case, however, the directions on identification evidence were not so deficient as to constitute an error of law. That being said, I will take the opportunity to highlight the problems with the identification evidence in this trial and the dangers of identification evidence in general.

45

The evidence of identification was both direct and circumstantial. The concerns expressed by the appellant are addressed to the direct evidence and, in

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

. . . .

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

. . . .

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

VI. Analyse

Afin de bien aborder la question centrale de l'application de la disposition réparatrice, j'estime préférable de commencer par examiner le caractère suffisant de l'exposé de la juge du procès sur la question de l'identification, pour ensuite analyser la nature et l'effet de ce qu'on admet être une erreur commise dans ses directives concernant le moyen de défense fondé sur un alibi, et enfin évaluer la force probante de la preuve du ministère public à l'intérieur du cadre approprié du sous-al. 686(1)(b)(iii).

A. *Les directives relatives à l'identification*

L'appellant soutient que les directives que la juge du procès a données au jury sur la preuve d'identification étaient insuffisantes. C'est pour ce motif que l'appel relatif au premier procès a été accueilli. En l'espèce, toutefois, les directives sur la preuve d'identification n'étaient pas insuffisantes au point de constituer une erreur de droit. Cela dit, je vais en profiter pour souligner les problèmes que pose la preuve d'identification en l'espèce et les risques qu'une telle preuve comporte en général.

La preuve d'identification était à la fois directe et circonstancielle. Les préoccupations exprimées par l'appellant concernent la preuve directe et,

particular, to the alleged insufficiency of the charge with respect to the in-court identifications.

As pointed out by the Court of Appeal, it is true that the trial judge addressed the frailties of the identification evidence. In the middle of a passage which highlighted several potential grounds for suspicion about the reliability of eyewitness identification, the trial judge said:

However, you must consider the possibility that Mrs. McLeod identified the accused in court from her memory of either the photograph in the line up or the television newscast instead of from her memory of the person she saw at 151 Campbell Street on October 24, 1993. You must also consider the same possibility in respect of Mrs. Baker's in court identification of the accused.

I also remind you that both Mrs. McLeod and Mrs. Baker positively identified the accused for the first time when each was asked to identify him in the courtroom at the preliminary hearing and at the first trial and at this trial and the law provides that the identification of the accused for the first time in the courtroom after a failure to positively identify him from a photo line up is to be accorded little weight.

The appellant argues that this instruction was insufficient to diffuse the psychological impact on the jury of the identification of the accused in open court by the victim of a life-threatening, vicious, unprovoked beating. The defence objected to the Crown asking Mrs. McLeod whether the accused was really the perpetrator of the attack “and not someone that you have seen subsequently”. The trial judge, in reviewing the evidence, pointed out the occasions that Mrs. McLeod had had to see the appellant before the trial (on television when he was arrested, at the preliminary inquiry and at the first trial) and reminded the jury that her evidence was that the appellant was her attacker and not simply the man she had seen on these previous occasions.

The appellant argues that by asking Mrs. McLeod and Mrs. Baker to make such a distinction, the

en particulier, le caractère qu'il prétend insuffisant de l'exposé relatif aux identifications faites à l'audience.

Comme l'a fait observer la Cour d'appel, il est vrai que la juge du procès a traité des faiblesses de la preuve d'identification. Au milieu d'un passage soulignant plusieurs raisons possibles de douter de la fiabilité de l'identification par témoin oculaire, la juge du procès a dit :

[TRADUCTION] Cependant, vous devez tenir compte de la possibilité que M^{me} McLeod ait identifié l'accusé à l'audience en fonction du souvenir qu'elle avait soit des photos qui lui avaient été montrées soit des nouvelles télévisées, au lieu de le faire en fonction du souvenir qu'elle avait de la personne qu'elle avait aperçue au 151, rue Campbell, le 24 octobre 1993. Vous devez tenir compte de la même possibilité en ce qui concerne l'identification de l'accusé faite à l'audience par M^{me} Baker.

Je vous rappelle également que M^{mes} McLeod et Baker ont toutes les deux identifié formellement l'accusé pour la première fois lorsqu'on a demandé à chacune d'elles de l'identifier dans la salle d'audience à l'enquête préliminaire, au premier procès et au présent procès, et la loi prévoit que peu de poids doit être accordé à l'identification de l'accusé faite pour la première fois dans la salle d'audience par une personne qui ne l'a pas identifié formellement lors d'une séance d'identification à l'aide de photos.

L'appelant soutient que cette directive n'était pas suffisante pour atténuer l'effet psychologique qu'a sur le jury l'identification de l'accusé faite à l'audience par la victime d'une agression violente et inexplicable ayant fait craindre pour sa vie. La défense s'est opposée à ce que le ministère public demande à M^{me} McLeod si l'accusé était vraiment l'auteur de l'agression [TRADUCTION] « et non pas quelqu'un que vous avez vu par la suite ». En examinant la preuve, la juge du procès a mentionné les occasions que M^{me} McLeod avait eues de voir l'appelant avant le procès (à la télévision au moment de son arrestation, à l'enquête préliminaire et au premier procès) et elle a rappelé au jury que celle-ci avait affirmé que l'appelant était son agresseur et non simplement l'homme qu'elle avait vu lors de ces occasions précédentes.

L'appelant soutient qu'en demandant à M^{mes} McLeod et Baker de faire une telle distinction,

46

47

48

Crown was asking the impossible: the witnesses simply could no longer tell where their recognition of the appellant originated from. Furthermore, the appellant argues, after so much exposure to the appellant, whom neither witness had positively identified prior to the television newscast of his arrest, their in-court identification should be accorded no weight whatsoever.

49

One might ask, if that were the case, why the in-court identification should be permitted to occur. In this case, as in most, it of course served to confirm that the accused was, in the opinion of Mrs. McLeod and Mrs. Baker, the same man they saw throughout the chain of events (from arrest through to the second trial). In that sense, despite its almost total absence of value as reliable positive identification, the evidence of the witnesses may be given some weight at least for that purpose. In addition, generally, a jury might be concerned if a witness was not asked to identify an accused in court as the perpetrator and might draw an unjustified adverse inference against the Crown if the question was not asked. Moreover, the inability of a witness to identify the accused in court as the perpetrator is entitled to some weight. This in fact happened here in the case of Ms. Visscher who, as the trial judge reminded the jury, was unable to identify the accused in court as the man she saw on the dyke.

50

I am of the view that, in the circumstances of this case, the trial judge should have cautioned the jury more strongly that the identification of the accused in court, by Mrs. McLeod and Mrs. Baker, was highly problematic as direct reliable identification of the perpetrator of the offence. I think it is important to remember that the danger associated with eyewitness in-court identification is that it is deceptively credible, largely because it is honest and sincere. The dramatic impact of the identification taking place in court, before the jury, can aggravate the distorted value that the jury may place on

le ministère public demandait l'impossible : ces témoins ne pouvaient simplement plus dire pourquoi elles reconnaissaient l'appelant. En outre, l'appelant allègue qu'étant donné que, même après avoir eu autant d'occasions de voir l'appelant, ni l'une ni l'autre ne l'avaient identifié formellement avant la diffusion de la nouvelle de son arrestation à la télévision, aucun poids ne doit être accordé à l'identification qu'elles ont faite de lui à l'audience.

On pourrait se demander, si tel était le cas, pourquoi l'identification à l'audience devrait être permise. En l'espèce, comme dans la plupart des cas, cette identification a évidemment servi à confirmer que l'accusé était, de l'avis de M^{mes} McLeod et Baker, l'homme qu'elles avaient vu tout au long de la suite des événements (depuis l'arrestation jusqu'au deuxième procès). Dans ce sens, malgré son absence quasi totale de valeur comme identification formelle fiable, on peut accorder un certain poids à la déposition des témoins dans ce but tout au moins. De plus, si on ne demandait pas à un témoin d'identifier un accusé, à l'audience, comme étant l'auteur du crime, un jury pourrait se préoccuper de cette lacune et faire alors une inférence injustifiée défavorable au ministère public. Par surcroît, il faut accorder un certain poids à l'incapacité d'un témoin d'identifier l'accusé, à l'audience, comme étant l'auteur du crime. En réalité, c'est ce qui s'est produit en l'espèce dans le cas de M^{lle} Visscher qui, comme la juge du procès l'a rappelé au jury, a été incapable d'identifier l'accusé, à l'audience, comme étant l'homme qu'elle avait aperçu sur la digue.

Je suis d'avis que, dans les circonstances de la présente affaire, la juge du procès aurait dû prévenir de façon plus ferme le jury qu'il était très difficile de considérer l'identification que M^{mes} McLeod et Baker ont faite de l'accusé à l'audience comme une identification directe fiable de l'auteur de l'infraction. Il importe, à mon avis, de se rappeler que le danger que présente l'identification par témoin oculaire à l'audience est qu'elle donne l'illusion d'être crédible, surtout parce qu'elle est honnête et sincère. L'effet dramatique qu'a l'identification faite à l'audience en présence du jury peut

it. I am not persuaded that the instruction quoted above, to the effect that such identification should be accorded “little weight”, goes far enough to displace the danger that the jury could still give it weight that it does not deserve.

The danger of wrongful conviction arising from faulty but apparently persuasive eyewitness identification has been well documented. Most recently the Honourable Peter deC. Cory, acting as Commissioner in the Inquiry regarding Thomas Sophonow, made recommendations regarding the conduct of live and photo line-ups, and called for stronger warnings to the jury than were issued in the present case (Peter deC. Cory, *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001) (“Sophonow Inquiry”), at pp. 31-34).

While it is unnecessary to consider these recommendations in detail, I share the concern expressed by the Commissioner and, in this particular case, I think it would have been prudent to emphasize for the benefit of the jury the very weak link between the confidence level of a witness and the accuracy of that witness (Sophonow Inquiry, at p. 28). Moreover, here it should also have been stressed that the impact of Mrs. McLeod having seen the appellant arrested by the police as her alleged assailant could not be undone. Nor could she be expected to divorce her previous recollection of her assailant from the mental image that she formed after having seen the appellant on television.

What will be required to displace the danger that the jury will give an eyewitness identification weight that it does not deserve will vary with the facts of individual cases. Here, at a second trial, and in light of the identification history, I think a stronger warning would have been appropriate.

augmenter la valeur dénaturée que le jury risque de lui accorder. Je ne suis pas convaincue que la directive susmentionnée, selon laquelle « peu de poids » doit être accordé à une telle identification, soit suffisante pour écarter le risque que le jury lui accorde un poids qu’elle ne mérite pas.

Le risque de condamnation injustifiée que présente une identification par témoin oculaire erronée mais apparemment convaincante est bien documenté. Dernièrement, l’honorable Peter deC. Cory, agissant en qualité de commissaire dans l’enquête concernant Thomas Sophonow, a formulé des recommandations touchant les séances d’identification à l’aide d’individus et de photos, et il a demandé que le jury reçoivent des mises en garde plus fermes que celles qui ont été faites en l’espèce (Peter deC. Cory, *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001) (« enquête Sophonow »), p. 31-34.

Bien qu’il soit inutile d’examiner ces recommandations en détail, je partage la préoccupation exprimée par le commissaire et, dans la présente affaire en particulier, je crois qu’il aurait été prudent d’insister, pour le bénéfice du jury, sur le fait que le lien existant entre le niveau de confiance d’un témoin et l’exactitude de son témoignage est très ténu (enquête Sophonow, p. 28). En outre, on aurait également dû mettre l’accent en l’espèce sur l’impossibilité d’annuler l’effet qu’a eu sur M^{me} McLeod le fait d’avoir vu l’appelant être arrêté par la police à titre d’auteur présumé de l’agression dont elle avait été victime. De même, on ne pouvait pas s’attendre à ce qu’elle puisse dissocier le souvenir antérieur qu’elle avait de son agresseur de l’image mentale qu’elle s’était formée après avoir vu l’appelant à la télévision.

Les conditions nécessaires pour écarter le risque que le jury accorde à une identification par témoin oculaire un poids qu’elle ne mérite pas varient selon les faits de chaque affaire. En l’espèce, lors du deuxième procès, j’estime qu’il aurait convenu de faire une mise en garde plus ferme compte tenu de l’historique de l’identification.

51

52

53

B. *The Instructions on Alibi*

54 A few days before the trial judge completed her instructions to the jury in this case, the B.C. Court of Appeal handed down its decision in *R. v. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538, in which it held that an instruction to the jury virtually identical to the one given in the present case was wrong. In light of that decision, the Crown concedes that the instructions here were defective.

55 The first part of the trial judge's instructions as to how to approach the evidence tendered in support of the defence of alibi was correct:

Keep in mind three things, that if you accept the evidence in support of the defence of alibi, you must return a verdict of not guilty if you find that these times just do not allow for this accused to have committed the acts alleged. If you do not accept the evidence in support of the defence of alibi, but you are left in a reasonable doubt about it, you must return a verdict of not guilty. Even if you are not left in a reasonable doubt by the evidence in support of the defence of alibi, you must still go on to determine whether or not on the basis of all the evidence the accused is guilty.

56 The trial judge then proceeded to give the then standard instruction, suggested in a criminal jury instructions manual at the time (G. A. Ferguson and J. C. Bouck, *Canadian Criminal Jury Instructions* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at pp. 8.04-1 to 8.04-4) as follows:

If on the other hand you determine beyond a reasonable doubt that the alibi is false and was put forward to deceive you, this allows you to draw if you wish the inference that the accused is guilty. By itself a false alibi is not conclusive evidence of guilt. You have to examine all the evidence when you are deciding whether the alibi is merely untruthful or was fabricated or concocted in a way designed to hide guilt. Keep in mind that a person may tell an untrue story for reasons other than for trying to hide guilt, that the Crown here is not suggesting to you that the times as they relate to the defence of alibi are concocted. Rather the Crown is suggesting that the times testified to have been reconstructed through conversations among and between the accused, Mrs.

B. *Les directives concernant l'alibi*

Quelques jours avant que la juge du procès termine ses directives au jury en l'espèce, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rendu son arrêt *R. c. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538, dans lequel elle a statué qu'une directive au jury, pratiquement identique à celle donnée en l'espèce, était erronée. Compte tenu de cet arrêt, le ministère public admet que les directives données en l'espèce étaient déficientes.

La première partie des directives que la juge du procès a données au sujet de la façon d'aborder la preuve produite à l'appui du moyen de défense fondé sur un alibi était juste :

[TRADUCTION] Rappelez-vous trois choses : si vous acceptez la preuve à l'appui du moyen de défense fondé sur un alibi, vous devez prononcer un verdict d'acquittement si vous estimez que, d'après cette chronologie, l'accusé n'a tout simplement pas eu le temps de commettre les actes reprochés. Si vous n'acceptez pas la preuve à l'appui du moyen de défense fondé sur un alibi, mais que vous avez un doute raisonnable à son sujet, vous devez prononcer un verdict d'acquittement. Même si vous n'avez aucun doute raisonnable au sujet de la preuve produite à l'appui du moyen de défense fondé sur un alibi, vous devez tout de même vous demander si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, l'accusé est coupable.

La juge du procès a ensuite donné la directive habituelle qui, à l'époque, était proposée dans un manuel de directives destinées au jury dans une affaire criminelle (G. A. Ferguson et J. C. Bouck, *Canadian Criminal Jury Instructions* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 8.04-1 à 8.04-4) :

[TRADUCTION] Si, par ailleurs, vous décidez hors de tout doute raisonnable que l'alibi est faux et qu'il a été présenté dans le but de vous induire en erreur, vous pouvez en inférer, si vous le voulez, que l'accusé est coupable. Un faux alibi ne constitue pas en soi une preuve concluante de culpabilité. Vous devez examiner l'ensemble de la preuve pour décider si l'alibi est simplement faux ou s'il a été fabriqué ou inventé de manière à dissimuler la culpabilité. Rappelez-vous qu'une personne peut raconter une histoire fausse pour un autre motif que celui d'essayer de cacher sa culpabilité, que le ministère public en l'espèce ne vous laisse pas entendre que la chronologie mentionnée relativement à l'alibi invoqué comme moyen de défense a été inventée. Le ministère

Hibbert and the daughters. The Crown is therefore arguing the weight and encouraging you not to give it much weight, that is the evidence of specific times as testified to by the accused and family members. [Emphasis added.]

The Court of Appeal in *Tessier* held that in the absence of some evidence of concoction, a disbelieved alibi has no evidentiary value and cannot constitute positive incriminating evidence. This accords with the position taken also by courts of appeal in Quebec and in Ontario (*R. v. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (Ont. C.A.); *R. v. Witter* (1996), 105 C.C.C. (3d) 44 (Ont. C.A.); *R. v. Coutts* (1998), 16 C.R. (5th) 240 (Ont. C.A.), leave to appeal dismissed, [1999] 1 S.C.R. xii; *R. v. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157 (Ont. C.A.); *R. v. Carey* (1996), 113 C.C.C. (3d) 74 (Que. C.A.)). As I discuss in more detail below, in this case there is no evidence of concoction. As a result, according to these authorities, the underlined passage in the above charge would constitute an error.

The early leading authority on the subject was *Davison, supra*. Martin J.A., at p. 428, expressed the principle clearly as follows:

The inference to be drawn from the fabrication of a false alibi does not, however, arise from the mere rejection by the jury of the evidence with respect to alibi.

In my view the principle is correctly stated in *Wigmore on Evidence*, 3rd ed. (1940), vol. 2, at p. 126:

In particular, the *failure to establish an alleged alibi* is to be distinguished from the use of perjury or subornation in an unsuccessful attempt to prove the ‘alibi’; the latter admits of the usual broad inference from fraud, but the former amounts to nothing more than an inability to prove the specific fact of ‘alibi’.

Mere disbelief of the alibi advanced does not constitute proof that it was false in the sense of being fabricated. [Italics in original.]

public laisse plutôt entendre que l’emploi du temps mentionné dans les témoignages a été reconstitué à partir des conversations intervenues entre l’accusé, M^{me} Hibbert et les filles. Le ministère public conteste donc la valeur probante de la chronologie mentionnée par l’accusé et les membres de sa famille dans leurs témoignages, et vous incite à ne pas accorder trop de poids à cette preuve. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Tessier*, la Cour d’appel a statué qu’en l’absence d’une preuve de fabrication, un alibi auquel on n’ajoute pas foi n’a aucune valeur probante et ne saurait constituer une preuve incriminante irréfutable. Cela est conforme à la position qu’ont également adoptée les tribunaux d’appel du Québec et de l’Ontario (*R. c. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (C.A. Ont.); *R. c. Witter* (1996), 105 C.C.C. (3d) 44 (C.A. Ont.); *R. c. Coutts* (1998), 16 C.R. (5th) 240 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1999] 1 R.C.S. xii; *R. c. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157 (C.A. Ont.); *R. c. Carey* (1996), 113 C.C.C. (3d) 74 (C.A. Qué.)). Comme je vais l’évoquer plus en détail ci-après, il n’y a en l’espèce aucune preuve de fabrication. Par conséquent, selon cette jurisprudence, le passage souligné dans l’exposé susmentionné constituerait une erreur.

Le premier arrêt de principe sur la question est *Davison*, précité. Le juge Martin a clairement énoncé le principe applicable, à la p. 428 :

[TRADUCTION] L’inférence qui doit émaner de la fabrication d’un faux alibi ne découle pas, toutefois, du simple fait que le jury rejette la preuve relative à l’alibi.

À mon avis, le principe applicable est correctement énoncé dans *Wigmore on Evidence* (3^e éd. 1940), vol. 2, p. 126 :

[TRADUCTION] En particulier, il faut distinguer le *défaut d’établir l’alibi invoqué* du recours au parjure ou à la subornation de témoin dans une tentative ratée de prouver l’« alibi »; le recours au parjure ou à la subornation de témoin permet de faire l’inférence générale habituelle de fraude, tandis que le défaut d’établir l’alibi invoqué n’équivaut à rien de plus qu’à l’incapacité de prouver le fait même de l’« alibi ».

Le simple fait de ne pas ajouter foi à l’alibi invoqué ne constitue pas une preuve qu’il est faux, en ce sens qu’il a été fabriqué. [En italique dans l’original.]

57

58

This position was consistently followed in the cases cited above and the only doubt cast on its correctness comes from a short sentence in the oral judgment of this Court in *R. v. Michaud*, [1996] 2 S.C.R. 458. In the course of upholding a judgment of the New Brunswick Court of Appeal on other grounds, Sopinka J. noted a concession by the respondent that the Court of Appeal had erred on an unrelated matter, and then added: “We find no error in the charge in respect of this ground nor in the charge relating to the alibi evidence” (para. 3 (emphasis added)). It is this last passage that has created some uncertainty in that the Court of Appeal had ruled in *Michaud* that the trial judge’s instruction on alibi, cast in the standard terms also used in this case, was erroneous. Courts of appeal have commented on the effect of *Michaud*, noting that Sopinka J.’s comment was *obiter* (*Krishantharajah, supra, per* Carthy J.A., at pp. 164-65), and that the Supreme Court may have been of the view that there was sufficient evidence of concoction in that case to permit the instruction (*Tessier, supra, per* Rowles J.A., at p. 551, *per* Ryan J.A., at pp. 555-56; *Krishantharajah, per* Carthy J.A., at p. 165, who added that the comment might otherwise have been *per incuriam*).

Cette position a été constamment suivie dans la jurisprudence précitée et le seul doute qui plane au sujet de sa justesse émane d’une courte phrase tirée du jugement oral de la Cour *R. c. Michaud*, [1996] 2 R.C.S. 458. Alors qu’il confirmait pour d’autres motifs un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, le juge Sopinka a souligné que l’intimé avait reconnu que la Cour d’appel avait commis une erreur sur une question n’ayant rien à voir avec l’affaire, et il a alors ajouté : « Nous concluons que l’exposé ne comporte aucune erreur relativement à ce moyen ni relativement à la preuve d’alibi » (par. 3 (je souligne)). C’est ce dernier passage qui a créé une certaine incertitude étant donné que la Cour d’appel avait décidé, dans l’affaire *Michaud*, que la directive que le juge du procès avait donnée relativement à l’alibi, en recourant à la formulation habituelle également utilisée en l’espèce, était erronée. Les tribunaux d’appel ont commenté l’effet de l’arrêt *Michaud*, en soulignant que ce commentaire du juge Sopinka était une observation incidente (*Krishantharajah*, précité, p. 164-165, le juge Carthy), et que la Cour suprême pouvait avoir été d’avis qu’il existait, dans cette affaire, une preuve de fabrication suffisante pour permettre la directive (*Tessier*, précité, p. 551, le juge Rowles, p. 555-556, le juge Ryan; *Krishantharajah*, précité, p. 165, le juge Carthy qui a ajouté que ce commentaire pouvait par ailleurs avoir été fait par inadvertance).

59 *Michaud* should not be taken as a departure from the well-established position expressed and followed by the courts of appeal in the cases cited above. It is unnecessary in this case to determine the nature and scope of evidence necessary to show concoction so as to permit the instructions inviting the inference of consciousness of guilt. Suffice it to say that the cases have consistently pointed out that there must be evidence linking the accused to fabrication and that such evidence cannot emerge from a mere rejection of the alibi tendered. Many have spoken of the need for independent evidence of fabrication above and beyond a finding that the alibi is false. (See Ryan J.A. in *Tessier, supra*, at p. 556.)

L’arrêt *Michaud* ne devrait pas être considéré comme dérogeant à la position bien établie exprimée et suivie par les tribunaux d’appel dans les affaires susmentionnées. Il n’est pas nécessaire, en l’espèce, de déterminer la nature et la portée de la preuve nécessaire pour établir que l’alibi a été fabriqué de façon à autoriser des directives permettant d’inférer une conscience de culpabilité. Il suffit de dire que la jurisprudence a constamment souligné qu’il doit y avoir une preuve reliant l’accusé à la fabrication, et que cette preuve ne peut découler du simple rejet de l’alibi invoqué. Plusieurs ont parlé de la nécessité d’une preuve de fabrication « indépendante » allant au-delà de la conclusion que l’alibi est faux. (Voir la juge Ryan dans *Tessier*, précité, p. 556.)

60 The Crown concedes that at trial it did not put forward a suggestion that the alibi had been

Le ministère public concède qu’au procès il n’a pas fait valoir que l’alibi avait été fabriqué. Il

concocted. It also concedes, as it did before the Court of Appeal, that the trial judge's instructions were in error in the absence of evidence that the accused was implicated in putting forward a fabricated alibi.

These concessions were appropriate. A defence of alibi may be disbelieved, particularly in the face of an overwhelming case for the prosecution, merely on the basis that the witnesses who testified in support of the alibi were imprecise or inconclusive, that their recollection was unreliable, or that they simply were mistaken. In such cases their evidence must be discarded, without more.

Even if an alibi is advanced by the accused himself and is rejected, the finding that the alibi is untrue cannot serve to corroborate or complement the case for the prosecution, let alone permit an inference that the accused is guilty.

If the alibi witnesses were found to be deliberately untruthful, their attempt at deceiving the jury could not be visited upon the accused unless he or she participated in the deceit. If, on the other hand, there was evidence that the accused attempted to put forward a fabricated defence, that effort, akin to an effort to bribe or threaten a witness or a juror, could be tendered as evidence of consciousness of guilt.

In this case, the Crown concedes that there was no evidence of concoction. Apart from the fact that the appellant, his wife and his stepdaughters had discussed his whereabouts on the afternoon of the crime after his arrest, there was no evidence that the appellant was party to an effort to fabricate an alibi or that he enlisted members of his family to testify falsely about the issue.

On the other hand, Crown counsel at trial suggested — to Mrs. Hibbert in particular — that she attempted to assist her daughters and her husband in reconstructing the time frame of their respective activities on the afternoon of the attack. In light of the erroneous instructions, the jury could have assumed, wrongly, that this was evidence of

conçède aussi, comme il l'a fait devant la Cour d'appel, que les directives de la juge du procès étaient erronées en l'absence de preuve que l'accusé avait participé à la présentation d'un alibi fabriqué.

Ces concessions étaient appropriées. On peut rejeter un alibi, notamment lorsque la preuve de la poursuite est accablante du seul fait que les personnes ayant témoigné à l'appui de cet alibi ont manqué de précision ou étaient indécises, que leur mémoire n'était pas fiable, ou qu'elles se sont simplement trompées. En pareil cas, leur témoignage doit être écarté, sans plus.

Même si l'alibi est invoqué par l'accusé lui-même et est rejeté, la conclusion que l'alibi est faux ne peut pas servir à corroborer ou à compléter la preuve de la poursuite ni, à plus forte raison, permettre d'inférer que l'accusé est coupable.

Si l'on arrivait à la conclusion que les personnes ayant témoigné à l'appui de l'alibi ont délibérément menti, leur tentative d'induire le jury en erreur ne devrait pas être imputée à l'accusé à moins que ce dernier n'ait participé à leur manège. Si, par contre, il existait une preuve que l'accusé a tenté de fabriquer un moyen de défense, cette tentative, apparentée à une tentative de soudoyer ou de menacer un témoin ou un juré, pourrait être présentée comme une preuve de conscience de culpabilité.

En l'espèce, le ministère public reconnaît qu'il n'existait aucune preuve de fabrication. Hormis le fait que, après son arrestation, l'appelant a discuté avec son épouse et ses belles-filles de ses allées et venues pendant l'après-midi où le crime a été commis, rien n'indiquait qu'il était partie à une tentative de fabrication d'alibi ou qu'il avait demandé à des membres de sa famille de faire de faux témoignages à ce sujet.

Par ailleurs, lors du procès, l'avocat du ministère public a suggéré — à M^{me} Hibbert notamment — qu'elle avait tenté d'aider ses filles et son époux à reconstituer la chronologie de leurs activités respectives pendant l'après-midi où l'agression a été commise. Vu les directives erronées, le jury pouvait avoir présumé à tort qu'il s'agissait là d'une preuve

61

62

63

64

65

concoction which would allow them not only to reject the alibi evidence but to draw an inference of guilt from its rejection. The fallacy, and the danger, with that reasoning was well expressed by Ryan J.A. in *Tessier, supra*, at p. 556, where she said:

It seems to me that the reason we look for independent evidence that the accused fabricated his story is two-fold. In the first place as my colleague Rowles J.A. has pointed out the reasoning is circular if there is no independent proof: "The weight of the Crown's evidence admits of no doubt therefore the accused is not telling the truth. The accused is not telling the truth therefore the Crown's case admits of no doubt." In the second place, because the evidence that the accused has fabricated a story can be used as part of the Crown's case against him, care must be taken in finding that the alibi was concocted. There must be a solid evidentiary base of fabrication. It is not unreasonable to demand that this evidence be found independently of the other evidence of the proof of the crime.

If evidence of fabrication need be found only in the evidence which proves the offence then in every case where the accused testifies (alibi or not) there would be no reason not to permit a jury to use their finding that the accused has been untruthful as part of the Crown's case against him. That does not accord with any articulation of the law that I know of.

66 This highlights the seriousness of the erroneous instruction on the defence of alibi in the present case. It provided the jury with a direct, and incorrect, route to guilt. It implied that the jury could find evidence of concoction, which it could not on this record, and it then allowed the jury, if it rejected the alibi, to infer that the accused is guilty.

67 Before turning to the application of the proviso in light of the above, it may be useful to summarize briefly the state of the law with respect to the rejection of a defence of alibi.

– In the absence of evidence of concoction (deliberate fabrication) an alibi that is disbelieved has no evidentiary value.

de fabrication leur permettant non seulement de rejeter l'alibi, mais encore de tirer de ce rejet une conclusion de culpabilité. Dans l'arrêt *Tessier*, précité, p. 556, la juge Ryan décrit bien la fausseté et le danger de ce raisonnement :

[TRADUCTION] Selon moi, la raison pour laquelle nous recherchons une preuve indépendante que l'accusé a fabriqué son histoire est double. En premier lieu, comme ma collègue la juge Rowles l'a souligné, le raisonnement est circulaire en l'absence de preuve indépendante : « La preuve du ministère public est incontestable, donc l'accusé ne dit pas la vérité. L'accusé ne dit pas la vérité, donc la preuve du ministère public est incontestable. » En deuxième lieu, puisque le ministère public peut utiliser contre l'accusé la preuve qu'il a fabriqué une histoire, il faut faire montre de circonspection en concluant que l'alibi a été inventé. La fabrication doit reposer sur une preuve concluante. Il n'est pas déraisonnable d'exiger que cette preuve soit indépendante des autres éléments de preuve du crime.

S'il fallait trouver la preuve de fabrication seulement dans les éléments qui prouvent l'infraction, alors dans chaque affaire où l'accusé témoigne (peu importe qu'il invoque ou non un alibi), il n'y aurait aucune raison d'interdire à un jury d'utiliser sa conclusion que l'accusé a menti comme élément de la preuve à charge qui pèse contre lui. Cela ne concorde avec aucune règle de droit que je connaisse.

Ce passage fait ressortir la gravité de la directive erronée qui a été donnée, en l'espèce, au sujet du moyen de défense fondé sur un alibi. Cette directive a ouvert au jury une voie directe et erronée vers une déclaration de culpabilité. Elle laissait entendre que le jury pouvait conclure à l'existence d'une preuve de fabrication, ce qu'il ne pouvait pas faire compte tenu du présent dossier, et qu'il lui était permis ensuite, s'il rejetait l'alibi, d'inférer que l'accusé était coupable.

Avant d'aborder la question de l'application de la disposition réparatrice à la lumière de ce qui précède, il peut être utile de résumer brièvement l'état du droit en ce qui concerne le rejet d'un alibi invoqué comme moyen de défense.

– En l'absence d'une preuve d'invention (fabrication délibérée), l'alibi auquel on n'ajoute pas foi n'a aucune valeur probante.

- A disbelieved alibi is insufficient to support an inference of concoction or deliberate fabrication. There must be other evidence from which a reasonable jury could conclude that the alibi was deliberately fabricated and that the accused was involved in that attempt to mislead the jury. It is the attempt to deceive, and not the failed alibi, that supports an inference of consciousness of guilt.
- Un alibi auquel on n’ajoute pas foi n’est pas suffisant pour étayer une conclusion d’invention ou de fabrication délibérée. Il doit y avoir d’autres éléments de preuve qui permettraient à un jury raisonnable de conclure que l’alibi a été fabriqué délibérément et que l’accusé a participé à cette tentative d’induire le jury en erreur. C’est la tentative d’induire en erreur, et non le rejet de l’alibi, qui justifie une inférence de conscience de culpabilité.
- In appropriate cases, for instance if there were multiple accused, the jury should be instructed that the fabricated alibi may be used to place the accused at the scene of the crime, but may fall short of directly implicating him in its commission.
- Dans les cas où cela est indiqué, notamment lorsqu’il y a plusieurs accusés, le jury devrait être informé que l’alibi fabriqué peut être utilisé pour situer l’accusé sur les lieux du crime, mais qu’il se peut qu’il ne permette pas de l’impliquer directement dans la perpétration du crime.
- When there is evidence that an alibi was fabricated, at the instigation or with the knowledge and approval of the accused, that evidence may be used by the jury to support an inference of consciousness of guilt.
- Lorsqu’il existe une preuve qu’un alibi a été fabriqué, à l’instigation de l’accusé ou à sa connaissance et avec son approbation, cette preuve peut être utilisée par le jury pour étayer une inférence de conscience de culpabilité.
- In cases where such an inference is available, the jury should be instructed that it may, not must, be drawn.
- Dans les cas où une telle inférence est possible, le jury devrait être informé qu’il peut, et non qu’il doit, la faire.
- A fabricated alibi is not conclusive evidence of guilt.
- Un alibi fabriqué n’est pas une preuve concluante de culpabilité.

C. *The Application of Section 686(1)(b)(iii)*

This brings me to the principal ground of appeal. On appeal from the first trial in this case, the Court of Appeal held that the instructions to the jury had not adequately dealt with the weaknesses in the identification evidence and the court declined to apply the proviso. Legg J.A., for the court, noted that the error on the identification instructions was serious but the circumstantial evidence tendered by the Crown was strong. He concluded, however, that a properly instructed jury might have been left with a reasonable doubt (*R. v. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277).

In this appeal, the Court of Appeal concluded otherwise and applied the curative proviso despite

C. *L’application du sous-al. 686(1)(b)(iii)*

Je vais maintenant examiner le principal moyen d’appel. Lors de l’appel interjeté contre le premier procès en l’espèce, la Cour d’appel a statué que les directives au jury n’avaient pas suffisamment traité des faiblesses de la preuve d’identification et elle a refusé d’appliquer la disposition réparatrice. Le juge Legg a souligné, au nom de la cour, que l’erreur commise dans les directives sur l’identification était grave mais que la preuve circonstancielle soumise par le ministère public était concluante. Il a toutefois conclu qu’un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu avoir un doute raisonnable (*R. c. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277).

En l’espèce, la Cour d’appel a conclu le contraire et elle a appliqué la disposition réparatrice malgré

the erroneous instructions on the effect of a rejected alibi.

70 In my view, and with the greatest respect for the contrary opinion of the Court of Appeal in the present appeal, the proviso cannot be used to overcome the instructions on the inference of guilt arising from the rejected alibi which erroneously provided the jury with a direct route to conviction.

71 The proper test for the application of the proviso has been enunciated by this Court on a number of occasions (see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53). It is the task of this Court to determine whether there is “any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made” (*Bevan*, *supra*, at p. 617). The application of the proviso was recently reviewed in *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86. As I indicated in that case, the case law distinguishes between trivial errors, or errors that had no effect on the verdict, and serious errors of law which could have tainted the conviction. In the former case, the proviso can readily be applied. In the latter, it should not be applied unless the evidence of guilt is so overwhelming that any other reasonable jury would inevitably convict.

72 The Crown concedes that the trial judge’s instructions were in error. The error in this case was not a trivial error nor one that would be unlikely to have had any effect on the verdict. As stated above, the trial judge’s erroneous instructions implied that the jury could find evidence of concoction allowing them to infer that the accused was guilty. This is a serious error that provided the jury with a direct route to guilt. Despite the circumstantial evidence that points to the accused, I do not think that one can confidently say that a conviction is a foregone conclusion in the sense that any other reasonable jury would inevitably convict. The jury

les directives erronées concernant l’effet d’un alibi rejeté.

À mon avis et en toute déférence pour l’opinion contraire de la Cour d’appel en l’espèce, on ne saurait recourir à la disposition réparatrice pour faire abstraction des directives sur l’inférence de culpabilité résultant de l’alibi rejeté qui ont à tort ouvert au jury une voie directe vers une déclaration de culpabilité.

La Cour a énoncé à maintes reprises le critère d’application de la disposition réparatrice (voir *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53). Il appartient à la Cour de déterminer s’il existe « une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur en question » (*Bevan*, précité, p. 617). L’application de la disposition réparatrice a récemment été examinée dans l’arrêt *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86. Comme je l’ai indiqué dans cette affaire, la jurisprudence établit une distinction entre les erreurs négligeables, ou erreurs n’ayant aucune incidence sur le verdict, et les erreurs de droit graves qui ont pu vicier la déclaration de culpabilité. Dans le premier cas, la disposition réparatrice peut s’appliquer aisément. Dans le dernier cas, elle ne devrait s’appliquer que si la preuve de culpabilité est à ce point accablante que tout autre jury raisonnable conclurait inévitablement à la culpabilité.

Le ministère public reconnaît que les directives de la juge du procès étaient erronées. Il ne s’agissait pas en l’espèce d’une erreur négligeable ni d’une erreur qui n’aurait vraisemblablement eu aucune incidence sur le verdict. Comme nous l’avons vu, les directives erronées de la juge du procès laissaient entendre que le jury pouvait conclure à l’existence d’une preuve de fabrication lui permettant d’inférer que l’accusé était coupable. Il s’agit là d’une erreur grave qui a ouvert au jury une voie directe vers une déclaration de culpabilité. Malgré la preuve circonstancielle qui tend à prouver la culpabilité de l’accusé, je ne crois pas que l’on puisse dire en

deliberations were long in both trials. In the present appeal, the jury deliberated for several days.

It is obvious that the jury needed proper guidance after a trial that was not an open and shut case. Not only is it possible that the erroneous alibi instructions played a part in the conviction, but without the benefit of actually hearing the evidence and assessing the credibility of the witnesses for the defence, it is not in my view possible to conclude that any other reasonable jury would also inevitably convict.

In order to convict, the jury has to overcome some of the troubling features of the case: the absence of motive; the limited opportunity, even if the evidence of alibi is in part disbelieved; and the absence of any evidence linking the appellant to the scene of the crime. The jury will also have to overcome the strange confirmation by the victim, herself, that she in fact had met a man, at a previous open house, who shared many of the personal characteristics of the appellant — he and his family had recently arrived in Duncan from Ontario, he was looking for a house as he was waiting for his pension — in fact, their personal details had struck her as sufficiently similar that she wondered if it was the same man the minute her assailant conveyed that information to her. She concluded that it was not. Of course she could be mistaken, in which case such a mistake would cast serious doubt on the accuracy of all of her identification evidence. On the other hand, if she is right, this is an exculpatory coincidence that is potentially as cogent as some of the inculpatory ones. Innumerable details will have to be factored into the ultimate conclusion of the jury — the frequency of the appellant wearing glasses, the prominence of the scar on his face that was not noted by the identification witnesses, the 25-cent sticker on the “Andy Capp” hat, Mrs. McLeod’s consistent description of the hat worn by the assailant as brown while the hat found on the dyke was blue, and the hairs on that hat that did not belong to the appellant. In order to

toute confiance qu’une déclaration de culpabilité est inéluctable en ce sens que tout autre jury raisonnable conclurait inévitablement à la culpabilité. Les délibérations du jury ont été longues dans les deux procès. En l’espèce, le jury a délibéré pendant plusieurs jours.

Il est évident que le jury avait besoin de directives adéquates à la suite d’un procès dont le résultat n’était pas acquis d’avance. Non seulement les directives erronées concernant l’alibi ont-elles pu jouer un rôle dans la déclaration de culpabilité, mais sans le bénéfice d’une véritable audition de la preuve et faute de pouvoir apprécier la crédibilité des témoins de la défense, j’estime qu’il n’est pas possible de conclure que tout autre jury raisonnable aurait inévitablement conclu à la culpabilité.

Pour conclure à la culpabilité, le jury doit surmonter certains aspects troublants de l’affaire : l’absence de mobile, l’occasion limitée de commettre le crime, même si l’on rejette en partie la preuve d’alibi, et l’absence de preuve reliant l’appellant aux lieux du crime. Le jury devra également surmonter l’étrange confirmation par la victime elle-même qu’elle avait en fait rencontré, lors d’une précédente visite libre, un homme qui partageait plusieurs des caractéristiques personnelles de l’appellant — lui et sa famille étaient arrivés récemment à Duncan en provenance de l’Ontario, il était à la recherche d’une maison en attendant de toucher sa pension — en réalité, ces détails personnels lui ont paru assez semblables pour qu’elle se demande, dès que son agresseur lui a fait part de ces renseignements, s’il s’agissait du même homme. Elle a conclu que ce n’était pas le cas. Bien sûr, elle peut avoir commis une erreur et, le cas échéant, cette erreur viendrait mettre sérieusement en doute l’exactitude de l’ensemble de sa preuve d’identification. Par contre, si elle a raison, il s’agit d’une coïncidence disculpatoire, qui peut être aussi convaincante que certaines coïncidences inculpatrices. Le jury devra prendre en compte d’innombrables détails pour tirer la conclusion qu’il est, en définitive, appelé à tirer — la fréquence du port de lunettes par l’appellant, l’importance de la cicatrice sur son visage, que n’ont pas remarqué les témoins en matière d’identification, l’autocollant portant l’inscription « 25 cents » sur la casquette

73

74

convict, a reasonable jury will have to address these matters in light of its appreciation of the credibility of the witnesses, including the appellant, who himself testified.

75 These are all matters properly decided by the jury.

VII. Disposition

76 I would therefore allow the appeal and order a new trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. were delivered by

77 BASTARACHE J. (dissenting) — Though I agree that the trial judge did not err in her instructions to the jury on identification evidence, I disagree that a stronger warning was appropriate in the circumstances of the case. In addition, I find that the error in respect of the trial judge's instructions on alibi was not so serious as to preclude the Court of Appeal from applying s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (the "proviso"), to cure the error. These two issues are discussed in turn below.

I. Adequacy of the Trial Judge's Warning on Identification Evidence

78 I agree with my colleague that the trial judge's directions to the jury on identification evidence did not constitute an error of law. Moreover, I find that the trial judge's warning in this regard was adequate. This Court has recognized the frailties of identification evidence. Yet it has also acknowledged that to take from the jury direct evidence of identification where the quality of that evidence is questionable risks obliterating the clear line separating the functions of the judge and jury. As stated by McIntyre J. in *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R.

de style « Andy Capp », le fait que M^{me} McLeod a constamment décrit la casquette portée par l'agresseur comme étant brune alors que celle trouvée sur la digue était bleue, et les cheveux prélevés sur cette casquette qui n'étaient pas ceux de l'appelant. Pour conclure à la culpabilité, un jury raisonnable devra aborder ces questions à la lumière de son appréciation de la crédibilité des témoins, dont l'appelant qui a lui-même témoigné.

Ce sont toutes des questions qu'il appartient au jury de trancher.

VII. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — Je conviens que la juge du procès n'a commis aucune erreur dans les directives qu'elle a données au jury relativement à la preuve d'identification, mais je ne suis pas d'accord pour dire qu'il convenait de faire une mise en garde plus ferme dans les circonstances de la présente affaire. En outre, j'estime que l'erreur contenue dans les directives que la juge a données au sujet de l'alibi n'était pas grave au point d'empêcher la Cour d'appel d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (la « disposition réparatrice »), pour y remédier. Ces deux questions sont analysées à tour de rôle ci-après.

I. Le caractère suffisant de la mise en garde de la juge du procès relativement à la preuve d'identification

Je conviens avec ma collègue que les directives que la juge du procès a données au jury relativement à la preuve d'identification ne constituent pas une erreur de droit. De plus, j'estime que la mise en garde qu'elle a formulée à cet égard est suffisante. Notre Cour a reconnu les faiblesses de la preuve d'identification. Cependant, elle a également admis que, si on soustrait à l'appréciation du jury une preuve directe d'identification lorsque la qualité de cette preuve est douteuse, on risque de supprimer la ligne de démarcation claire qui existe entre

802, at p. 844, “[q]uestions of credibility and the weight that should be given to evidence are peculiarly the province of the jury.” In my view, the trial judge’s direction to the jury pointed out the general and specific problems with the identification evidence while at the same time respecting the role of the jury to weigh the evidence that was properly before it.

The trial judge clearly discharged her obligation to highlight the inherent frailty of identification evidence and to explain the factors underlying its frailty: see *Mezzo, supra*, at p. 845, citing *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549; see also *Canning v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 991. In this respect, she provided the following general caution:

I am going to give you a special warning about the evidence of eye witnesses. As you know, it is such a major issue here, the issue of identity. Every once in a while in our courts a person is convicted of an offence even though she or he is innocent, and when this does happen it is often because a mistake has been made by one or more eye witnesses. It is easy to see how this can happen. You no doubt have had experience yourself where you think you have recognized someone and then found out that the person you thought it was is not the person you thought it was. An eye witness can be very convincing when that witness honestly believes that the accused person is the person she or he saw. Observation and memory can be unreliable when it comes to identification of people because people make honest mistakes. So when considering the evidence of the eye witnesses, it might be helpful for you, and I urge you to use the following guidelines paying particular attention to each eye witness’ opportunity to observe the person being described or identified.

The trial judge then went on to identify with reference to the facts several factors including the length of time the witness observed the person being identified, the distance from which the observation was made, the lighting conditions and the presence of obstructions, the time that had elapsed since the time the person was identified, the eyesight and memory of the witnesses, and consistencies and

les fonctions du juge et celles du jury. Comme l’a affirmé le juge McIntyre dans *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, p. 844, « [l]es questions de la crédibilité et du poids qu’il faut accorder à un témoignage relèvent exclusivement de la compétence du jury. » À mon avis, dans la directive qu’elle a donnée au jury, la juge du procès a fait ressortir les problèmes généraux et spécifiques que pose la preuve d’identification tout en respectant le rôle du jury qui était de soupeser la preuve dont il était saisi à bon droit.

La juge du procès s’est clairement acquittée de son obligation de souligner la faiblesse inhérente de la preuve d’identification et d’expliquer les facteurs qui y contribuent : voir *Mezzo*, précité, p. 845, citant *R. c. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549; voir également *Canning c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 991. À cet égard, elle a formulé la mise en garde générale suivante :

[TRADUCTION] Je vous mets particulièrement en garde contre les dépositions des témoins oculaires. Comme vous le savez, la question de l’identité est très importante en l’espèce. Il arrive parfois, devant nos tribunaux, qu’une personne soit déclarée coupable d’une infraction malgré son innocence, et lorsque cela se produit, c’est souvent à cause d’une erreur commise par un seul ou plusieurs témoins oculaires. Il est facile de voir comment cela peut arriver. Il vous est sans doute déjà arrivé à vous-mêmes de croire que vous avez reconnu quelqu’un, pour ensuite réaliser que cette personne n’était pas celle que vous pensiez. Un témoin oculaire peut être très convaincant lorsqu’il croit sincèrement que l’accusé est la personne qu’il a vue. Le sens de l’observation et la mémoire peuvent être sujets à caution lorsqu’il s’agit d’identifier des personnes, du fait que les gens commettent des erreurs de bonne foi. Ainsi, lorsque vous examinerez les dépositions des témoins oculaires, il pourrait être utile, et je vous incite à suivre les directives suivantes, que vous prêtiez une attention particulière à l’occasion que chaque témoin oculaire a eue d’observer la personne décrite ou identifiée.

La juge du procès a alors dégagé plusieurs éléments des faits, dont le laps de temps pendant lequel le témoin a observé la personne identifiée, la distance à laquelle il se trouvait lorsque l’observation a été faite, les conditions d’éclairage et la présence d’obstacles, le temps écoulé depuis l’identification de la personne, la vue et la mémoire des témoins, ainsi que la cohérence et l’incohérence des

inconsistencies between the testimonies given by the eye witnesses. Following this, she added an additional caution:

Bear in mind that although identification by one witness can support that of the other, even a number of honest witnesses can be mistaken.

81

In *Canning, supra*, this Court confirmed that in addition to providing a general caution regarding the frailties of identification evidence, the trial judge must also relate the need for caution to the particular facts of the case. In my view, the trial judge adequately provided this aspect of the required warning. Specific vulnerabilities in the identification evidence were identified by the trial judge and discussed in considerable detail. The trial judge raised the question: “Did the eye witness see a photograph of the person described before making the identification?” In answer to this she reviewed the following evidence:

In this case you have evidence that both Mrs. McLeod and Mrs. Baker saw a photograph of the accused in the photographic line up prior to identifying the accused in court. Ms. Visscher did as well, and she was unable to identify the accused in court as the man she saw on the dike. Both Mrs. McLeod and Mrs. Baker had seen news coverage on television of the accused leaving the courthouse after he was charged. As well you have the evidence of Janet McLeod that she watched the television newscast three times, and that in so doing the television picture of the accused was stopped. The freeze frame photo has been referred to. She said she watched the news on December 14, 1993 to make sure it is the right person. Those were her words. She and her husband froze the picture of the accused in the newscast and she looked at it and she said then and she says now that the accused is the right person.

82

The trial judge proceeded to provide the jury with a clear explanation of the significance of the above evidence:

. . . you must consider the possibility that Mrs. McLeod identified the accused in court from her memory of either the photograph in the line up or the television newscast instead of from her memory of the person she saw at 151 Campbell Street on October 24, 1993. You must also

dépositions des témoins oculaires. Elle a ensuite fait une autre mise en garde :

[TRADUCTION] Rappelez-vous que, même si l’identification faite par un témoin peut corroborer celle d’un autre témoin, bon nombre de témoins sincères peuvent se tromper.

Dans l’arrêt *Canning*, précité, notre Cour a confirmé qu’en plus de faire une mise en garde générale sur les faiblesses de la preuve d’identification, le juge du procès doit également établir un lien entre la nécessité de faire montre de circonspection et les faits particuliers de l’affaire. À mon avis, la juge du procès a bien fait la mise en garde requise à cet égard en relevant et en analysant minutieusement certains points faibles de la preuve d’identification. Elle s’est demandé : [TRADUCTION] « Le témoin oculaire a-t-il vu une photo de la personne décrite avant de l’identifier? » Elle a répondu à cette question en examinant la preuve suivante :

[TRADUCTION] En l’espèce, vous avez la preuve que M^{mes} McLeod et Baker ont toutes les deux vu une photo de l’accusé lors d’une séance d’identification à l’aide de photos, avant de l’identifier à l’audience. Mademoiselle Visscher a également vu une photo de l’accusé et elle a été incapable de l’identifier à l’audience comme étant l’homme qu’elle avait vu sur la digue. Mesdames McLeod et Baker ont toutes les deux vu un reportage télévisé dans lequel l’accusé quittait le palais de justice après avoir été inculpé. De même, vous disposez du témoignage de Janet McLeod selon lequel elle a regardé le bulletin d’information trois fois, en arrêtant sur l’image de l’accusé. On a évoqué la question de l’image figée. Elle a dit avoir regardé les nouvelles le 14 décembre 1993, pour s’assurer qu’il s’agissait de la bonne personne. Ce sont là ses propres mots. Son mari et elle ont fait un arrêt sur l’image de l’accusé présentée dans le bulletin d’information, elle l’a examinée et elle a alors affirmé et continue maintenant d’affirmer que l’accusé est la bonne personne.

La juge du procès a alors donné au jury une explication claire de l’importance de cette preuve :

[TRADUCTION] . . . vous devez tenir compte de la possibilité que M^{me} McLeod ait identifié l’accusé à l’audience en fonction du souvenir qu’elle avait soit des photos qui lui avaient été montrées soit des nouvelles télévisées, au lieu de le faire en fonction du souvenir qu’elle avait de

consider the same possibility in respect of Mrs. Baker's in court identification of the accused.

I also remind you that both Mrs. McLeod and Mrs. Baker positively identified the accused for the first time when each was asked to identify him in the courtroom at the preliminary hearing and at the first trial and at this trial and the law provides that the identification of the accused for the first time in the courtroom after a failure to positively identify him from a photo line up is to be accorded little weight.

After providing specific cautions regarding the possibility that the in-court identification was tainted and was in any event entitled to little weight given the inability of witnesses to pick the accused out of a photo line-up, the trial judge summed up her instruction on identification evidence as follows:

It is open to you to find that the Crown's case on visual identification evidence is vulnerable for some of the reasons that have been outlined and applying the guidelines I have given you.

The appellant argues that the trial judge should have instructed the jury that Mrs. McLeod's and Mrs. Baker's in-court identification should be accorded no weight whatsoever given the possibility that these witnesses were basing their identification on subsequent observations of the appellant (on television, at the preliminary hearing at the first trial) rather than on their recollection of the appellant at the scene of the crime. He further asserts that the failure of the witnesses to positively identify him prior to seeing him on television and in court strengthens the argument that the in-court identification should be given no weight.

My colleague rejects the appellant's argument that the trial judge should have instructed the jury to accord no weight to the in-court identification. She is of the opinion that the in-court identification was entitled to some weight. She notes in this respect that the in-court identification served to confirm that the accused was, in the opinion of Mrs. McLeod and Mrs. Baker, the same man they saw through the

la personne qu'elle avait aperçue au 151, rue Campbell, le 24 octobre 1993. Vous devez tenir compte de la même possibilité en ce qui concerne l'identification de l'accusé faite à l'audience par M^{me} Baker.

Je vous rappelle également que M^{mes} McLeod et Baker ont toutes les deux identifié formellement l'accusé pour la première fois lorsqu'on a demandé à chacune d'elles de l'identifier dans la salle d'audience à l'enquête préliminaire, au premier procès et au présent procès, et la loi prévoit que peu de poids doit être accordé à l'identification de l'accusé faite pour la première fois dans la salle d'audience par une personne qui ne l'a pas identifié formellement lors d'une séance d'identification à l'aide de photos.

Après avoir explicitement mis le jury en garde contre la possibilité que l'identification à l'audience soit viciée et l'avoir prévenu qu'il fallait, de toute façon accorder peu de poids à cette preuve vu l'incapacité des témoins d'identifier l'accusé parmi les photos leur ayant été montrées, la juge du procès a résumé ainsi sa directive sur la preuve d'identification :

[TRADUCTION] Vous pouvez conclure que la preuve d'identification visuelle du ministère public est fragile pour certains des motifs exposés et en appliquant les directives que je vous ai données.

L'appelant fait valoir que la juge du procès aurait dû dire au jury qu'il ne devait accorder aucun poids à l'identification faite à l'audience par M^{mes} McLeod et Baker, vu la possibilité que ces témoins aient fondé leur identification sur des observations subséquentes de l'appelant (à la télévision, à l'enquête préliminaire, au premier procès) plutôt que sur le souvenir qu'elles avaient de lui sur les lieux du crime. Il soutient de plus que le fait que les témoins ne l'aient pas identifié formellement avant de le voir à la télévision et à l'audience renforce l'argument selon lequel aucun poids ne doit être accordé à l'identification faite à l'audience.

Ma collègue rejette l'argument de l'appelant selon lequel la juge du procès aurait dû dire au jury de n'accorder aucun poids à l'identification faite à l'audience. Elle est d'avis qu'il faut accorder un certain poids à cette identification. Elle fait remarquer à cet égard que l'identification faite à l'audience a servi à confirmer que l'accusé était, de l'avis de M^{mes} McLeod et Baker, l'homme qu'elles avaient

83

84

85

chain of events (from arrest through to the second trial). In addition, she notes that a jury may be concerned if a witness was not asked to identify an accused in court as the perpetrator and might draw an adverse inference against the Crown if the question was not asked. Moreover, in-court identification serves some purpose since the inability of a witness to identify the accused in court as the perpetrator is entitled to some weight.

86 While she would not require the trial judge to instruct the jury that the in-court identification was entitled to no weight, she would have preferred the trial judge to instruct the jury that they could not rely on the in-court identification as direct reliable identification of the perpetrator of the offence. For the reasons discussed below, it is my opinion that a warning of that nature was neither necessary nor desirable.

87 The first problem I have with the instruction suggested by my colleague is that it appears inconsistent and therefore risks confusing the jury. On the one hand, the jury is told that in-court identification has some purpose and in particular can be used to refute the Crown's theory that the accused is the perpetrator if the witness is unable to identify the accused as the perpetrator in court. On the other hand, they are told that a positive in-court identification of the accused as the perpetrator should not be relied upon as direct reliable evidence of the identification of the perpetrator. In my view, a jury would find these two views confusing and inconsistent and would tend to disregard in-court identification for any purpose. The approach of the trial judge in this case was preferable. Rather than instructing the jury to disregard the identification of the accused in court, she warned the jury that this evidence was entitled to little weight and accompanied this warning with a clear explanation as to why the evidence was entitled to little weight given the particular circumstances of the case.

vu tout au long de la suite des événements (depuis l'arrestation jusqu'au deuxième procès). De plus, elle fait observer que, si on ne demandait pas à un témoin d'identifier un accusé, à l'audience, comme étant l'auteur du crime, un jury pourrait se préoccuper de cette lacune et faire alors une inférence défavorable au ministère public. Par surcroît, l'identification faite à l'audience a son utilité puisqu'il faut accorder un certain poids à l'incapacité d'un témoin d'identifier l'accusé, à l'audience, comme étant l'auteur du crime.

Ma collègue n'aurait pas exigé de la juge du procès qu'elle informe le jury qu'il ne fallait accorder aucun poids à l'identification faite à l'audience, mais elle aurait préféré qu'elle dise au jury qu'il ne pourrait pas considérer l'identification faite à l'audience comme une identification directe fiable de l'auteur de l'infraction. Pour les motifs exposés ci-après, j'estime qu'une mise en garde de cette nature n'était ni nécessaire ni souhaitable.

Le premier problème que pose, à mon avis, la directive proposée par ma collègue est qu'elle semble contradictoire et risque donc de semer la confusion dans l'esprit des jurés. D'une part, on dit au jury que l'identification faite à l'audience a une certaine utilité et, notamment, qu'elle peut servir à réfuter la théorie du ministère public selon laquelle l'accusé est l'auteur du crime, si le témoin est incapable de l'identifier à l'audience comme étant l'auteur du crime. D'autre part, on dit au jury de ne pas considérer l'identification formelle de l'accusé à l'audience comme une preuve directe fiable de l'identification de l'auteur du crime. À mon avis, un jury trouverait ces deux avis déroutants et contradictoires et aurait tendance à ne tenir aucun compte de l'identification faite à l'audience. L'approche proposée par la juge du procès en l'espèce était préférable. Plutôt que de dire au jury de ne pas tenir compte de l'identification de l'accusé à l'audience, elle l'a prévenu qu'il fallait accorder peu de poids à cette preuve et elle a accompagné cette mise en garde d'une explication claire de la raison pour laquelle il fallait accorder peu de poids à la preuve en question dans les circonstances particulières de l'affaire.

Perhaps a more significant problem with the instruction suggested by my colleague is that it encroaches upon the jury's essential function as the trier of fact. Once the decision has been made to allow evidence to be put before the jury, it is ultimately up to the jury to determine what weight to attribute to that evidence. Though this Court recognizes that there are certain frailties associated with identification evidence that must be brought to the attention of the jury, properly admitted identification evidence should not be effectively removed from the jury's consideration by means of the trial judge's instruction. As was stated by Weiler J.A. in *R. v. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116, at para. 91:

The trial judge was correct that the generally accepted state of the law is that, where evidence is tainted, either because identification was suggested by the accused's presence in the prisoner's box or as a result of inappropriate police procedures, the evidence is not thereby rendered inadmissible. Rather, the evidence of tainting is a factor going to the weight of the evidence which is exclusively the province of the jury. See *R. v. Mezzo*, [1986] 1 S.C.R. 802; 68 N.R. 1; 43 Man. R. (2d) 161; 27 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Miaponoose (A.)* (1996), 93 O.A.C. 115; 110 C.C.C. (3d) 445, at p. 458 (C.A.); *R. v. Buric (G.J.) et al.* (1996), 90 O.A.C. 321; 106 C.C.C. (3d) 97, at p. 112 (C.A.), per Labrosse, J.A, whose reasons were affirmed at (1997), 209 N.R. 241; 98 O.A.C. 398; 114 C.C.C. (3d) 95 (S.C.C.). [Emphasis added.]

In this case, it was open to the jury to determine that Mrs. McLeod and Mrs. Baker were able to identify the accused in court because they recognized the accused as the perpetrator of the crime. The trial judge cautioned the jury regarding the dangers associated with drawing this conclusion without unduly impinging upon the jury's function to weigh the evidence.

The final problem that I have with the instruction suggested by my colleague is that it seems to create a spectrum of warnings from which the trial judge must choose when instructing a jury regarding in-court identification. While in some cases it may be appropriate for the trial judge to instruct the jury to accord "little weight" to the in-court identification, in other cases the trial judge must instruct the jury that in-court identification should not be used as

La directive proposée par ma collègue pose un problème peut-être plus grave en ce qu'elle empiète sur la fonction essentielle du jury qui est d'agir comme juge des faits. Une fois qu'il a été décidé de soumettre un élément de preuve à l'appréciation du jury, c'est à ce dernier qu'il revient, en fin de compte, de décider du poids à accorder à cette preuve. Bien que notre Cour reconnaisse qu'il faut attirer l'attention du jury sur certaines faiblesses liées à la preuve d'identification, une preuve d'identification admise à bon droit ne doit pas, dans les faits, être soustraite à l'appréciation du jury au moyen d'une directive du juge du procès. Comme l'affirme la juge Weiler dans l'arrêt *R. c. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116, par. 91 :

[TRADUCTION] Le juge du procès a eu raison de déclarer que, selon l'état du droit, tel qu'il est généralement reconnu, lorsque la preuve est viciée, soit parce que l'identification a été suggérée par la présence de l'accusé sur le banc des accusés ou par suite de procédures policières irrégulières, elle ne devient pas de ce fait inadmissible. La preuve d'un vice est un facteur qui influence le poids à accorder aux éléments de preuve, dont l'appréciation relève exclusivement du jury. Voir *R. c. Mezzo*, [1986] 1 R.C.S. 802, 68 N.R. 1, 43 Man. R. (2d) 161, 27 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Miaponoose (A.)* (1996), 93 O.A.C. 115, 110 C.C.C. (3d) 445, p. 458 (C.A.); *R. c. Buric (G.J.) et al.* (1996), 90 O.A.C. 321, 106 C.C.C. (3d) 97, p. 112 (C.A.), le juge Labrosse, dont les motifs ont été confirmés dans (1997), 209 N.R. 241, 98 O.A.C. 398, 114 C.C.C. (3d) 95 (C.S.C.). [Je souligne.]

En l'espèce, le jury pouvait conclure que M^{mes} McLeod et Baker avaient été capables d'identifier l'accusé à l'audience parce qu'elles l'avaient reconnu comme étant l'auteur du crime. La juge du procès a prévenu le jury des dangers liés à cette conclusion sans empiéter indûment sur la fonction du jury qui est de soupeser la preuve.

Le dernier problème que pose, selon moi, la directive proposée par ma collègue est qu'elle semble créer un éventail de mises en garde parmi lesquelles le juge du procès doit choisir lorsqu'il donne au jury des directives sur l'identification faite à l'audience. Bien que, dans certains cas, il puisse convenir que le juge du procès dise au jury d'accorder « peu de poids » à l'identification faite à l'audience, dans d'autres cas, le juge du procès doit informer le jury

evidence of “direct reliable identification”, a standard which presumably lies somewhere in between “little weight” and “no weight”. In my view, creating a myriad of appropriate cautions ranging from “little weight” to “no weight” is unnecessary and confusing and will have the undesirable effect of spawning a new ground for appeal.

90

Furthermore, where the Court concludes that the warning provided by the trial judge was adequate taking into account the circumstances of the case, it is unnecessary to suggest an alternative preferable method of cautioning the jury. As I stated in *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53, at para. 24:

Even if the trial judge could have expressed himself more clearly, “a standard of perfection is not the test when an appellate court reviews a jury charge” (*R. v. Malott*, [1998] 1 S.C.R. 123, at para. 15). In *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, our Court recognized at para. 2 that while there is an entitlement to a properly instructed jury, “(t)here is . . . no requirement for perfectly instructed juries” (emphasis deleted). One must accept that it is not incumbent on the trial judge to make an argument for the defence or to fashion the most favourable charge to the defence; see *R. v. Dickhoff* (1998), 130 C.C.C. (3d) 494 (Sask. C.A.).

91

The above principle, which eschews a formulaic approach to the trial judge’s charge to the jury, was echoed in the specific context of the trial judge’s instructions on identification evidence in *R. v. Edwardson* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 362, a decision of the British Columbia Court of Appeal, at paras. 39 to 41:

As I have noted, there has been a reluctance on the part of this and other appellate courts to adopt a general rule such as that found in the *Turnbull* case. The reason for that is undoubtedly the fear that in some cases a special instruction on the inherent frailties of eyewitness identification will induce juries to reject accurate identifications and acquit where they should convict.

But that concern can be met by casting the special instruction in language appropriate to the case. The

que l’identification faite à l’audience ne devrait pas être considérée comme étant une preuve « d’identification directe fiable », une norme qui se situe probablement quelque part entre « peu de poids » et « aucun poids ». À mon avis, créer une myriade de mises en garde appropriées allant du « peu de poids » à « aucun poids » est inutile et déroutant, en plus d’avoir pour effet non souhaité de créer un nouveau moyen d’appel.

En outre, lorsque notre Cour conclut que la mise en garde faite par le juge du procès était suffisante compte tenu des circonstances de l’affaire, il n’est pas nécessaire de proposer une autre méthode préférable de mise en garde du jury. Comme je l’ai affirmé dans l’arrêt *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53, par. 24 :

Même si le juge du procès aurait pu s’exprimer de façon plus claire, « la norme qu’applique une cour d’appel qui examine un exposé au jury n’est pas celle de la perfection » (*R. c. Malott*, [1998] 1 R.C.S. 123, au par. 15). Dans *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, notre Cour reconnaît (au par. 2) que, même si le droit à un jury ayant reçu des directives appropriées existe, « (i)l n’existe (. . .) aucune obligation que les directives au jury soient parfaites » (soulignement omis). Force nous est d’accepter qu’il n’incombe pas au juge du procès de présenter un argument favorable à la défense ou un exposé au jury qui profite à celle-ci (voir *R. c. Dickhoff* (1998), 130 C.C.C. (3d) 494 (C.A. Sask.)).

Dans l’arrêt *R. c. Edwardson* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 362, par. 39-41, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a repris, dans le contexte particulier des directives sur la preuve d’identification, le principe susmentionné qui évite l’approche fondée sur l’application d’une formule en matière d’exposé du juge au jury :

[TRADUCTION] Comme je l’ai fait observer, notre cour et les autres tribunaux d’appel sont réticents à adopter une règle générale comme celle établie dans l’affaire *Turnbull*. Cette réticence est sans doute motivée par la crainte que, dans certains cas, une directive spéciale sur les faiblesses inhérentes de l’identification par témoin oculaire incite les jurés à rejeter des identifications exactes et à acquitter un accusé qu’ils auraient dû déclarer coupable.

Mais il est possible de régler ce problème en formulant la directive spéciale dans des termes adaptés aux

precise point which has been made time and again is that there is no rigid formulation for such instruction. Each should be designed with specific reference to the evidence which either supports or casts doubt on the eyewitness identification. . . .

In all cases the jury should be told that they ought not to resile from acting upon an eyewitness identification if, after taking into account the various weaknesses which have been pointed out to them by both the judge and counsel, and exercising the required caution, they are nonetheless satisfied beyond a reasonable doubt that it is an accurate identification. [Emphasis added.]

For the reasons expressed above, I also think that the suggestions put forward by my colleague at para. 52 are unnecessary, and in some instances, undesirable. My colleague suggests that the trial judge should have emphasized “the very weak link between the confidence level of a witness and the accuracy of that witness”. In my view, the trial judge communicated that idea to the jury when she explained that an eyewitness can be very convincing when he or she honestly believes that the accused person is the person she or he saw, but that “[o]bservation and memory can be unreliable when it comes to identification of people because people make honest mistakes.”

In the same paragraph (para. 52), my colleague says that the trial judge should have stressed that Mrs. McLeod could not have divorced her previous recollection of the assailant from the mental images she formed after having seen the appellant arrested by the police on television. I disagree that a caution of this nature should have been given by the trial judge. As I discussed above, whether Mrs. McLeod was able to identify the accused as her assailant, or whether she was merely identifying him as the man she saw being arrested and at previous hearings, was ultimately a question for the jury to answer.

II. Application of the Proviso to the Trial Judge’s Erroneous Instruction on Alibi

This Court has established that the question to be asked when considering the application of

circstances. La remarque qui a maintes fois été réitérée est qu’il n’existe aucune formule rigide pour une telle directive. Chaque directive devrait renvoyer spécifiquement à la preuve qui appuie l’identification par témoin oculaire ou jette un doute à cet égard . . .

Dans tous les cas, on devrait dire au jury qu’il ne doit pas s’abstenir de se fonder sur une identification par témoin oculaire si, après avoir tenu compte des diverses faiblesses qui lui ont été soulignées par le juge et l’avocat, et avoir fait preuve de la prudence nécessaire, il est néanmoins convaincu hors de tout doute raisonnable que l’identification est exacte. [Je souligne.]

Pour les motifs qui précèdent, je crois également que les propositions faites par ma collègue, au par. 52, sont inutiles et, dans certains cas, non souhaitables. Ma collègue fait valoir que la juge du procès aurait dû insister « sur le fait que le lien existant entre le niveau de confiance d’un témoin et l’exactitude de son témoignage est très ténu ». À mon avis, la juge du procès a communiqué cette idée au jury en expliquant qu’un témoin oculaire peut être très convaincant lorsqu’il croit sincèrement que l’accusé est la personne qu’il a vue, mais que [TRADUCTION] «[l]e sens de l’observation et la mémoire peuvent être sujets à caution lorsqu’il s’agit d’identifier des personnes, du fait que les gens commettent des erreurs de bonne foi. »

Au même paragraphe (par. 52), ma collègue affirme que la juge du procès aurait dû souligner que M^{me} McLeod ne pouvait pas avoir dissocié le souvenir antérieur qu’elle avait de son agresseur de l’image mentale qu’elle s’était formée après avoir vu l’appelant être arrêté par la police à la télévision. Je ne considère pas que la juge du procès aurait dû donner une mise en garde de cette nature. Comme nous l’avons vu, la question de savoir si M^{me} McLeod était capable d’identifier l’accusé comme étant son agresseur, ou si elle l’a simplement identifié comme étant l’homme qu’elle a vu en état d’arrestation et lors des audiences précédentes, est une question qu’il appartient au jury de trancher en définitive.

II. Application de la disposition réparatrice aux directives erronées que la juge du procès a données au sujet de l’alibi

Notre Cour a établi que, pour décider si le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel* s’applique,

92

93

94

s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* is whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 616; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 58; *Charlebois*, *supra*, at para. 11; *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29, at para. 48; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86, at para. 28.

95

In answering the above question, the strength of the Crown's case, otherwise stated as "the legally admissible evidence untainted by the error", is but one factor to be considered along with the seriousness of the error in question and the effect it likely had upon the jury's inference-drawing process (*Jolivet*, *supra*, at para. 54). I agree with the Court of Appeal that the Crown's case was a strong one. However, in my view, it is the latter two factors that are dispositive of this case. The trial judge mitigated the seriousness of the error contained in the then standard jury instructions by tailoring the instruction to the particular circumstances of the case. When the error in the trial judge's instructions on alibi is considered in the context of the charge as a whole and against the background of the entire trial, it is evident that there was no reasonable possibility that the error would have impacted upon the reasoning process of the jury.

96

I agree with my colleague that case law applying the proviso distinguishes between trivial errors, or errors that had no effect on the verdict, and serious errors of law which could taint the conviction. Where the error is determined to be "serious", the proviso should not be applied unless the evidence of guilt untainted by the error is so overwhelming that any other reasonable jury would inevitably convict (*Khan*, *supra*, at para. 26). My colleague suggests that the error made in this case was, by its very nature, serious. In my view, there is no independent yardstick by which to gauge the seriousness of the error. As McIntyre J. remarked in *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, at p. 852, "[t]he Court of Appeal must consider the errors against the background of the whole trial." Whether an error is considered "trivial" or whether it is "serious" depends

il faut se demander s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 616; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 58; *Charlebois*, précité, par. 11; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29, par. 48; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86, par. 28.

Pour répondre à la question susmentionnée, la force probante de la preuve du ministère public, c'est-à-dire « la preuve légalement admissible non viciée par l'erreur », n'est qu'un des facteurs à considérer au même titre que la gravité de l'erreur en question et l'effet qu'elle a vraisemblablement eu sur le processus d'inférence du jury (*Jolivet*, précité, par. 54). Je conviens avec la Cour d'appel que la preuve du ministère public était concluante. Cependant, j'estime que ce sont les deux derniers facteurs qui sont décisifs en l'espèce. La juge du procès a atténué la gravité de l'erreur contenue dans les directives qui étaient alors habituellement données au jury en adaptant la directive aux circonstances particulières de l'affaire. Lorsqu'on examine l'erreur qu'elle a commise dans les directives sur l'alibi en fonction de l'ensemble de l'exposé et du procès, il est évident qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable que cette erreur ait influé sur le raisonnement du jury.

Je conviens avec ma collègue que la jurisprudence dans laquelle la disposition réparatrice est appliquée établit une distinction entre les erreurs négligeables, ou erreurs n'ayant eu aucune incidence sur le verdict, et les erreurs de droit graves qui ont pu vicier la déclaration de culpabilité. Lorsqu'on juge que l'erreur est « grave », la disposition réparatrice ne devrait s'appliquer que si la preuve de la culpabilité non viciée par l'erreur est à ce point accablante que tout autre jury raisonnable conclurait inévitablement à la culpabilité (*Khan*, précité, par. 26). Ma collègue laisse entendre que l'erreur commise en l'espèce était grave de par sa nature même. À mon avis, aucun critère indépendant ne permet d'évaluer la gravité de l'erreur. Comme le juge McIntyre l'a fait remarquer dans l'arrêt *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, p. 852, « [l]a cour d'appel

on the extent to which it can be said to have affected the jury's determination.

Whether or not the error was in this case "serious" necessitates an examination of the nature of the error and the likely effect it had on this jury's reasoning process. The trial judge's error consisted of giving the standard instruction concerning false alibi as contained in G. A. Ferguson and J. C. Bouck, *Canadian Criminal Jury Instructions* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at pp. 8.04-1 to 8.04-4. Those instructions were found to be in error in *R. v. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538 (B.C.C.A.), a decision which the trial judge did not have the benefit of when charging the jury. *Tessier* holds that in the absence of some evidence of actual concoction, a disbelieved alibi has no evidentiary value and cannot be placed on the scales to contribute to a finding of guilt. It is therefore an error to instruct the jury that they can draw an inference of guilt from a disbelieved alibi in the absence of independent evidence of fabrication. The error is described in the following terms in *R. v. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157 (Ont. C.A.), at pp. 163-64:

This court has consistently held that in the absence of evidence of concoction, (there is no suggestion by the Crown that such exists in this case), an alibi that is disbelieved has no evidentiary value. It should not be added to other evidence to contribute to a finding of guilt. . . . As explained by Doherty J.A. in *Coutts*, this cannot be justified by pure logic because in many cases the inference of concoction, and thus consciousness of guilt, may flow naturally from disbelief. However, the safeguard is necessary to prevent the jury from short-circuiting the Crown's obligation to prove guilt beyond a reasonable doubt by moving directly from disbelief of an alibi to a finding of guilt.

The trial judge in this case instructed the jury: "If . . . you determine beyond a reasonable doubt that the alibi is false and was put forward to deceive you, this allows you to draw if you wish the

doit examiner les erreurs en fonction de l'ensemble du procès. » La question de savoir si une erreur est « négligeable » ou si elle est « grave » dépend de la mesure dans laquelle on peut dire qu'elle a influé sur la décision du jury.

La question de savoir si l'erreur commise en l'espèce était « grave » oblige à en examiner la nature et l'incidence probable sur le raisonnement du jury. L'erreur de la juge du procès a consisté à donner la directive habituelle sur les faux alibis, contenue dans l'ouvrage de G. A. Ferguson et J. C. Bouck, *Canadian Criminal Jury Instructions* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 8.04-1 à 8.04-4. Ces directives ont été jugées erronées dans l'arrêt *R. c. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538 (C.A.C.-B.), dont ne bénéficiait pas la juge du procès lorsqu'elle a donné ses directives au jury. Suivant l'arrêt *Tessier*, en l'absence d'une preuve d'invention réelle, un alibi auquel on n'ajoute pas foi n'a aucune valeur probante et ne peut pas être pris en considération pour prononcer un verdict de culpabilité. Il est donc erroné de dire au jury, en l'absence d'une preuve indépendante d'invention, qu'il peut inférer d'un alibi auquel il n'ajoute pas foi que l'accusé est coupable. L'erreur est décrite ainsi dans l'arrêt *R. c. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157 (C.A. Ont.), p. 163-164 :

[TRADUCTION] Notre cour a constamment jugé qu'en l'absence de preuve d'invention (le ministère public ne laisse pas entendre qu'il y a invention en l'espèce) un alibi auquel on n'ajoute pas foi n'a aucune valeur probante. On ne devrait pas l'ajouter aux autres éléments de preuve pour prononcer un verdict de culpabilité. [. . .] Comme l'a expliqué le juge Doherty dans la décision *Coutts*, la logique seule ne saurait justifier cela car, dans bien des cas, l'inférence d'invention et, par conséquent, la conscience de culpabilité peuvent découler naturellement de l'omission d'ajouter foi. Cependant, cette garantie est nécessaire pour empêcher le jury de court-circuiter l'obligation du ministère public d'établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable en passant directement de l'omission d'ajouter foi à un alibi à un verdict de culpabilité.

Dans la présente affaire, la juge du procès a dit ceci au jury : [TRADUCTION] « Si [. . .] vous décidez hors de tout doute raisonnable que l'alibi est faux et qu'il a été présenté dans le but de vous

inference that the accused is guilty.” To have acted impermissibly on this instruction, the jury would have had to have made an initial determination that the accused’s alibi was concocted. In addition, the jury would have had to have applied the inference to go directly to a finding of guilt without examining the whole of the evidence. For the reasons discussed below, I think that it is highly improbable that the jury reasoned in this way.

99 If the jury heeded the trial judge’s instructions they would have been unlikely to reach the conclusion that the accused’s alibi was concocted. In the portion of the instructions immediately following the erroneous instruction on alibi, the trial judge gave the following caution:

You have to examine all the evidence when you are deciding whether the alibi is merely untruthful or was fabricated or concocted in a way designed to hide guilt. Keep in mind that a person may tell an untrue story for reasons other than for trying to hide guilt, that the Crown here is not suggesting to you that the times as they relate to the defence of alibi are concocted. Rather the Crown is suggesting that the times testified to have been reconstructed through conversations among and between the accused, Mrs. Hibbert and the daughters. The Crown is therefore arguing the weight and encouraging you not to give it much weight, that is the evidence of specific times as testified to by the accused and family members. [Emphasis added.]

I agree with the respondent that this passage “could only have served to neutralize the effect of the erroneous passage of the instruction because it immediately withdrew it from the jury’s consideration”.

100 My colleague states that despite the trial judge’s clear instruction that the Crown was not suggesting that the alibi was concocted, the jury might nonetheless have reached that conclusion from the Crown’s cross-examination of Mrs. Hibbert. I find no suggestion in the Crown’s cross-examination of Mrs. Hibbert that the witnesses were lying. In cross-examination of Mrs. Hibbert, the Crown merely suggests that Mrs. Hibbert assisted the family members to remember the times of things that occurred

induire en erreur, vous pouvez en inférer, si vous le voulez, que l’accusé est coupable. » Pour agir de façon inacceptable en s’appuyant sur cette directive, le jury aurait dû commencer par décider que l’alibi de l’accusé était inventé. De plus, le jury aurait dû utiliser cette inférence pour prononcer directement un verdict de culpabilité sans examiner l’ensemble de la preuve. Pour les motifs énoncés ci-après, j’estime qu’il est fort improbable que le jury ait raisonné de cette façon.

Si le jury avait tenu compte des directives de la juge du procès, il n’aurait vraisemblablement pas conclu que l’alibi de l’accusé était inventé. Dans la partie des directives suivant immédiatement la directive erronée concernant l’alibi, la juge du procès a fait cette mise en garde :

[TRADUCTION] Vous devez examiner l’ensemble de la preuve pour décider si l’alibi est simplement faux ou s’il a été fabriqué ou inventé de manière à dissimuler la culpabilité. Rappelez-vous qu’une personne peut raconter une histoire fausse pour un autre motif que celui d’essayer de cacher sa culpabilité, que le ministère public en l’espèce ne vous laisse pas entendre que la chronologie mentionnée relativement à l’alibi invoqué comme moyen de défense a été inventée. Le ministère public laisse plutôt entendre que l’emploi du temps mentionné dans les témoignages a été reconstitué à partir des conversations intervenues entre l’accusé, M^{me} Hibbert et les filles. Le ministère public conteste donc la valeur probante de la chronologie mentionnée par l’accusé et les membres de sa famille dans leurs témoignages, et vous incite à ne pas accorder trop de poids à cette preuve. [Je souligne.]

Je conviens avec l’intimée que ce passage [TRADUCTION] « ne pouvait avoir que neutralisé l’effet du passage erroné de la directive étant donné qu’il le soustrayait aussitôt à l’appréciation du jury ».

Ma collègue affirme que, malgré la directive claire de la juge du procès selon laquelle le ministère public ne laissait pas entendre que l’alibi était inventé, le contre-interrogatoire de M^{me} Hibbert par le ministère public aurait pu néanmoins permettre au jury d’arriver à cette conclusion. Selon moi, rien dans ce contre-interrogatoire ne donne à penser que les témoins mentaient. En contre-interrogeant M^{me} Hibbert, le ministère public laisse simplement entendre que M^{me} Hibbert a aidé

on the day of the crime. In doing so the Crown puts forward the suggestion that there was “some confusion” regarding the times. Nor did the Crown’s closing argument suggest a concocted or false alibi.

Even in the unlikely event that the jury did conclude that the alibi was concocted, it seems improbable that the jury would have applied the inference to proceed directly to a finding of guilt without examining the whole of the evidence. Immediately preceding the erroneous instruction, the trial judge provided the jury with the following comprehensive instructions:

It is open to you to consider what effect if any the conversations among and between the various family and the accused have on the various times testified to, and it is for you to decide what weight you attribute to the evidence of the timing of the various events. Clearly the defence of alibi and issues of credibility are intertwined, and you must know that the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the defence of alibi cannot succeed. The accused does not have to prove anything.

Keep in mind three things, that if you accept the evidence in support of the defence of alibi, you must return a verdict of not guilty if you find that these times just do not allow for this accused to have committed the acts alleged. If you do not accept the evidence in support of the defence of alibi, but you are left in a reasonable doubt about it, you must return a verdict of not guilty. Even if you are not left in a reasonable doubt by the evidence in support of the defence of alibi, you must still go on to determine whether or not on the basis of all the evidence the accused is guilty. [Emphasis added.]

In my view, the jury would likely take these comprehensive instructions as their guide to assessing the alibi evidence as opposed to drawing an inference of guilt based on a theory of concoction that was, as the trial judge carefully reminded, not before them.

les membres de sa famille à se rappeler la chronologie des événements survenus le jour du crime. Ce faisant, le ministère public fait valoir qu’il existait une [TRADUCTION] « certaine confusion » concernant la chronologie des événements. Le ministère public n’a pas non plus laissé entendre, dans sa plaidoirie finale, que l’alibi avait été inventé ou qu’il était faux.

Même dans le cas improbable où le jury aurait inféré que l’alibi a été inventé, il semble peu probable qu’il se serait servi de cette inférence pour prononcer directement un verdict de culpabilité sans examiner l’ensemble de la preuve. Immédiatement avant la directive erronée, la juge du procès a donné au jury les directives complètes suivantes :

[TRADUCTION] Vous pouvez examiner l’incidence qu’ont eu, le cas échéant, les conversations intervenues entre les différents membres de la famille et l’accusé sur la chronologie qu’ils ont mentionnée dans leurs témoignages, et il vous revient de décider du poids à accorder à la preuve de la chronologie des différents événements. Le moyen de défense fondé sur un alibi et les questions de crédibilité sont de toute évidence étroitement liés, et vous devez savoir qu’il incombe au ministère public de prouver hors de tout raisonnable que le moyen de défense fondé sur l’alibi ne peut pas être retenu. L’accusé n’a rien à prouver.

Rappelez-vous trois choses : si vous acceptez la preuve à l’appui du moyen de défense fondé sur un alibi, vous devez prononcer un verdict d’acquiescement si vous estimez que, d’après cette chronologie, l’accusé n’a tout simplement pas eu le temps de commettre les actes reprochés. Si vous n’acceptez pas la preuve à l’appui du moyen de défense fondé sur un alibi, mais que vous avez un doute raisonnable à son sujet, vous devez prononcer un verdict d’acquiescement. Même si vous n’avez aucun doute raisonnable au sujet de la preuve produite à l’appui du moyen de défense fondé sur un alibi, vous devez tout de même vous demander si, compte tenu de l’ensemble de la preuve, l’accusé est coupable. [Je souligne.]

À mon avis, le jury s’inspirerait probablement de ces directives complètes pour apprécier la preuve d’alibi et non pour faire une inférence de culpabilité fondée sur une théorie d’invention qui ne lui a pas été soumise, comme a pris soin de le rappeler la juge du procès.

102

My colleague submits that the case was by no means “open and shut” and notes that the jury deliberated for several days (paras. 72-73). In my view, the fact that the jury deliberated for several days indicates that they did not proceed on the erroneous basis that they could move directly from a rejection of the accused’s alibi to guilt. Perhaps more significant is that after three days of deliberations the jury asked the trial judge to read back the charge on circumstantial evidence. The jury’s request to have the direction on circumstantial evidence repeated suggests that the jury, having rejected the defence of alibi, went on to determine whether the accused was guilty on the basis of the circumstantial evidence adduced by the Crown. Had the jury found the alibi to be concocted and followed the erroneous instruction that they could infer guilt on this basis alone, they would have required no further clarification on the distinction between direct and circumstantial evidence.

103

Given the trial judge’s charge in its entirety and the circumstances of this particular case, I conclude that the danger of a miscarriage of justice arising from the trial judge’s misdirection on alibi was “more theoretical than real” (*Tessier, supra*, at p. 562). The test for the application of the proviso is not whether it is in theory possible that the verdict would have been different had the error not been made, but rather whether there is a reasonable possibility that the verdict would have been different taking into account the background of the whole trial. As the Ontario Court of Appeal once observed, “[t]here will probably never be a perfect charge or one that cloistered appellate counsel cannot find objectionable after minute scrutiny” (*R. v. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417, at p. 436). Though the test for the application of the proviso is strict, it nonetheless recognizes that while the accused is entitled to a properly instructed jury he or she is not entitled to a perfectly instructed one (*Jacquard, supra*, at para. 2).

104

My colleague notes that on appeal from the first trial in this case, the Court of Appeal held that the instructions to the jury had not adequately dealt

Ma collègue affirme qu’il ne s’agissait absolument pas d’une affaire dont le résultat était acquis d’avance et elle fait remarquer que le jury avait délibéré pendant plusieurs jours (par. 72-73). À mon avis, le fait que le jury a délibéré pendant plusieurs jours indique qu’il n’a pas agi en fonction de l’idée erronée qu’il pouvait passer directement du rejet de l’alibi de l’accusé à un verdict de culpabilité de ce dernier. Fait peut-être plus important, après trois jours de délibérations le jury a demandé à la juge du procès de lui relire les directives concernant la preuve circonstancielle. Cette demande du jury indique qu’après avoir rejeté le moyen de défense fondé sur un alibi il a ensuite décidé si l’accusé était coupable en s’appuyant sur la preuve circonstancielle produite par le ministère public. Si le jury avait estimé que l’alibi était inventé et suivi la directive erronée selon laquelle il pouvait, de ce seul fait, inférer que l’accusé était coupable, il n’aurait pas demandé d’autres explications sur la différence entre la preuve directe et la preuve circonstancielle.

Vu l’ensemble de l’exposé de la juge du procès et les circonstances particulières de la présente affaire, je conclus que le risque d’erreur judiciaire résultant de sa directive erronée sur l’alibi était [TRADUCTION] « plus théorique que réel » (*Tessier, précité*, p. 562). Le critère d’application de la disposition réparatrice est de savoir non pas s’il est théoriquement possible que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur, mais plutôt s’il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent compte tenu de l’ensemble du procès. Comme l’a déjà fait observer la Cour d’appel de l’Ontario, [TRADUCTION] « [i]l n’existera probablement jamais d’exposé parfait ou irréprochable aux yeux d’un avocat se livrant à un travail monacal d’exégèse » (*R. c. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417, p. 436). Bien que le critère d’application de la disposition réparatrice soit strict, il reconnaît néanmoins que, même si l’accusé a droit à ce que le jury reçoive des directives appropriées, il n’y a aucune obligation que ces directives soient parfaites (*Jacquard, précité*, par. 2).

Ma collègue fait observer que, lors de l’appel interjeté contre le premier procès en l’espèce, la Cour d’appel a statué que les directives au jury

with the weaknesses in the identification evidence and the court declined to apply the proviso to cure this error (see para. 68, citing *R. v. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277). In my view, applying the proviso in the circumstances of this trial even though it was not applied in the first trial creates no inconsistency. In the first trial the Court of Appeal commented at length upon the seriousness of the trial judge's failure to give an adequate warning on identification evidence at para. 63:

The case for the Crown against the appellant was indeed a strong circumstantial case and the address of counsel for the appellant at trial had stressed the weakness of the identification evidence shortly before the judge gave his charge. However, in my view, it was important that the judge deal with the weaknesses in the identification evidence and avoid giving the jury the impression that Mrs. McLeod and Mrs. Baker had identified the appellant as the man who committed the assault. This was particularly important in the case under appeal because the appellant had testified, supported by his wife and two stepdaughters, that he was not the person who had entered the house and assaulted Mrs. McLeod. There was the possibility that Mrs. McLeod was confused in her evidence over when she had learned of the military background of the appellant. Further, there was no evidence that the appellant had any motive for committing the assault on Mrs. McLeod. The appellant's credibility and the credibility of Mrs. Hibbert and the two daughters were significant matters for the jury to consider and weigh with the weaknesses in the evidence of identification in deciding whether it was convinced beyond a reasonable doubt that the appellant was the person who committed the crime. If the learned judge had warned the jury of the weaknesses in the identification evidence, the jury might have been left with a reasonable doubt that the Crown had proved that it was the appellant who committed the assault. [Emphasis added.]

Whereas the Court of Appeal concluded that the error made by the trial judge in the first trial was a serious one, I conclude that the error that was made by the trial judge in the second trial was not, in all the circumstances, serious. In my view, there is a compelling rationale underlying the rule that when applying the proviso, the court looks to the error and whether that error might have affected the jury. If the court were to look only to the case as a whole and whether it was overwhelming for any jury, the

n'avaient pas suffisamment traité des faiblesses de la preuve d'identification et qu'elle a refusé d'appliquer la disposition réparatrice pour remédier à cette erreur (voir par. 68, citant *R. c. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277). À mon avis, appliquer la disposition réparatrice dans les circonstances du présent procès, même si elle ne l'a pas été lors du premier procès, n'a rien de contradictoire. En ce qui concerne le premier procès, la Cour d'appel a fait, au par. 63, un long commentaire sur la gravité de l'omission du juge du procès de faire une mise en garde suffisante concernant la preuve d'identification :

[TRADUCTION] La preuve à charge qui pesait contre l'appelant était, en fait, une preuve circonstancielle concluante et, dans son exposé, l'avocat de l'appelant avait souligné la faiblesse de la preuve d'identification peu avant que le juge ne donne ses directives. À mon avis, toutefois, il était important que le juge traite des faiblesses de la preuve d'identification et qu'il évite de donner au jury l'impression que M^{mes} McLeod et Baker avaient identifié l'appelant comme étant l'auteur de l'agression. Cela était particulièrement important en l'espèce parce que l'appelant avait témoigné, avec l'appui de son épouse et ses deux belles-filles, qu'il n'était pas celui qui avait pénétré dans la maison et agressé M^{me} McLeod. Il était possible que M^{me} McLeod se soit embrouillée dans son témoignage quant au moment où elle avait appris que l'appelant avait fait carrière dans l'armée. De plus, rien ne prouvait que l'appelant avait une raison d'agresser M^{me} McLeod. La crédibilité de l'appelant et celle de M^{me} Hibbert et de ses deux filles étaient des questions importantes que le jury devait prendre en considération et soulever, au même titre que les faiblesses de la preuve d'identification, pour décider s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appelant était l'auteur du crime. Si le juge avait mis le jury en garde contre les faiblesses de la preuve d'identification, ce dernier aurait pu avoir un doute raisonnable quant à savoir si le ministère public avait prouvé que l'appelant était l'auteur de l'agression. [Je souligne.]

Tandis que la Cour d'appel a conclu que l'erreur commise par le juge lors du premier procès était grave, je conclus que l'erreur commise par le juge lors du deuxième procès n'était pas grave, compte tenu de l'ensemble des circonstances. À mon avis, un motif impérieux sous-tend la règle voulant que, lorsqu'il applique la disposition réparatrice, le tribunal examine l'erreur et se demande si elle peut avoir influé sur le jury. Si le tribunal devait examiner seulement la preuve dans son ensemble et se demander

result would be that trials would be held over and over again as long as the trial judge's charge contained some error, no matter how minute.

106

As I stated at the outset, I am of the view that the proviso should be applied in this case for the reason that the trial judge's error was not, in the circumstances, serious and was unlikely to have affected the jury. This conclusion is nonetheless inextricably linked to a finding that the weight of the Crown's evidence was overwhelming and I do not reject the Court of Appeal's conclusion in this regard. Having determined that there was no real possibility that the error in question affected the reasoning process of the jury, it is only logical to conclude that the accused was convicted because the evidence against him was overwhelming.

107

I would therefore apply the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) and dismiss the appeal.

Appeal allowed and new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Firestone & Tyhurst, Victoria.

Solicitor for the respondent: The Ministry of Attorney General, Vancouver.

si n'importe quel jury l'aurait jugée accablante, il s'ensuivrait que les procès seraient repris chaque fois que l'exposé du juge au procès comporterait une erreur, si minime soit-elle.

Comme je l'ai affirmé au départ, je suis d'avis que la disposition réparatrice devrait s'appliquer en l'espèce du fait que l'erreur commise par la juge du procès n'était pas grave dans les circonstances et qu'elle n'a vraisemblablement pas influencé le jury. Cette conclusion est néanmoins inextricablement liée à celle que la preuve du ministère public était accablante et je ne rejette pas la conclusion de la Cour d'appel à cet égard. Après avoir conclu à l'absence de possibilité réelle que l'erreur en question ait influencé le raisonnement du jury, il n'est que logique de conclure que l'accusé a été déclaré coupable parce que la preuve pesant contre lui était accablante.

J'appliquerais donc la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) et je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et BASTARACHE sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Firestone & Tyhurst, Victoria.

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