

Frank Earl Leaney *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Henry Hugh Rawlinson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. LEANEY

File Nos.: 20557, 20558.

1989: May 23; 1989: September 14.

Present: Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Appeals — Error of law at trial — Provision for upholding of conviction if no substantial wrong or miscarriage of justice — Appellants convicted of charges arising out of a robbery and a break and enter — Error with respect to admission of evidence as to identity of accused — Remaining evidence circumstantial — Convictions upheld on appeal — Whether or not Court of Appeal erred in upholding convictions — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

The accused were alleged to have been involved in the robbery of one drugstore and the break-in of another. Both were convicted of armed robbery, of use of a firearm in the commission of that robbery, of break and enter, and, in Rawlinson's case, of possession of stolen property. Leaney appealed all of his convictions and Rawlinson all except the break and enter which he had admitted committing. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeals of both on all counts. The issue before this Court was whether the Court of Appeal had correctly applied s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* when it decided that, notwithstanding a finding of error of law, the verdict would necessarily have been the same absent error of law.

Frank Earl Leaney *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et entre

Henry Hugh Rawlinson *Appellant*

b c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. C. LEANEY

c N^{os} du greffe: 20557, 20558.

1989: 23 mai; 1989: 14 septembre.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin.

d

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Appels — Erreur de droit au procès — Disposition prévoyant confirmation de la déclaration de culpabilité s'il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave — Appellants reconnus coupables relativement à des accusations découlant d'un vol qualifié et d'une introduction par effraction — Erreur concernant l'admission d'éléments de preuve sur l'identité des accusés — Le reste de la preuve est de nature circonstancielle — Confirmation des déclarations de culpabilité en appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant les déclarations de culpabilité? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)(b)(iii).

On a allégué que les accusés avaient participé à un vol dans une pharmacie et à une introduction par effraction dans une autre. Tous deux ont été déclarés coupables de vol à main armée, d'usage d'une arme à feu lors de la perpétration de ce vol, d'introduction par effraction et, dans le cas de Rawlinson, de possession de biens volés. Leaney a interjeté appel contre toutes ses déclarations de culpabilité et Rawlinson a fait de même à l'exception de celle relative à l'introduction par effraction qu'il a avoué avoir commise. La Cour d'appel à la majorité a rejeté les appels des deux accusés relativement à tous les chefs d'accusation. La question en litige devant cette Cour est de savoir si la Cour d'appel a correctement appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* quand elle a décidé que, nonobstant une conclusion d'erreur de droit, le verdict aurait nécessairement été le même en l'absence d'une erreur de droit.

The break and enter was recorded on videotape. At trial, four police officers, who were unacquainted with the accused, and a police sergeant, who had been acquainted with Leaney, identified Leaney as one of the persons shown on the videotape. The second person was not identified but matched the description of Rawlinson. The evidence of the police officers was admitted without a *voir dire* and that of the police sergeant was fully cross-examined. The trial judge viewed the videotape and concluded independently of the police officers' testimony that Leaney was one of the persons shown on it.

The identification evidence of the break and enter was admitted as similar fact evidence in the robbery charge against Leaney. The only other admissible evidence linking Leaney to the robbery and the firearms offence was circumstantial: boxes found hours after the robbery just outside Rawlinson's apartment with Leaney's finger and palm prints on them, a general description of Leaney matching one of the two persons involved in the robbery and Leaney's association with Rawlinson who matched the description of the other person involved in the robbery.

Rawlinson was not positively identified in the robbery. The circumstantial evidence linking Leaney to the crime, however, also linked Rawlinson. In addition, drugs had been found in a bag in his anal cavity, some of the kind stolen in the robbery and some not, and a witness, following his instructions, recovered a sawed-off rifle which was similar to the weapon used in the robbery by the person fitting his description. Finally, Rawlinson declined to testify despite the incriminating circumstances.

Held: The appeal of Frank Earl Leaney from convictions for robbery and for use of firearms in the commission of an offence should be allowed.

Held (Wilson J. dissenting): The appeal of Frank Earl Leaney from the conviction for break and enter should be dismissed.

Held (Lamer and Wilson JJ. dissenting): The appeal of Henry Hugh Rawlinson should be dismissed.

Per McLachlin, Sopinka and L'Heureux-Dubé JJ.: Two fundamental errors occurred at trial: (1) when the trial judge treated evidence of the break-in as similar fact evidence going to the identification of the accused

L'introduction par effraction a été enregistrée sur bande vidéo. Au procès, quatre agents de police qui ne connaissaient pas les accusés et un sergent de police qui connaissait Leaney ont identifié Leaney comme étant l'une des personnes apparaissant sur la bande vidéo. La seconde personne n'a pas été identifiée mais répondait à la description de Rawlinson. Le témoignage des agents de police a été admis sans tenir un *voir-dire* et celui du sergent de police a fait l'objet d'un contre-interrogatoire complet. Le juge du procès a visionné la bande vidéo et a conclu, indépendamment du témoignage des agents de police, que Leaney était l'une des personnes qui y apparaissaient.

La preuve d'identification de l'introduction par effraction a été admise à titre de preuve de faits similaires relativement à l'accusation de vol qualifié portée contre Leaney. Les seuls autres éléments de preuve admissibles reliant Leaney au vol qualifié et à l'infraction d'usage d'armes à feu sont de nature circonstancielle: des boîtes découvertes quelques heures après le vol qualifié juste à l'extérieur de l'appartement de Rawlinson portant l'empreinte d'un doigt et de la paume de la main de Leaney, une description générale de Leaney correspondant à l'une des deux personnes impliquées dans le vol qualifié et l'association de Leaney avec Rawlinson qui répondait à la description de l'autre personne impliquée dans le vol qualifié.

Rawlinson n'a pas été identifié formellement comme ayant participé au vol qualifié. La preuve circonstancielle reliant Leaney au crime, cependant, liait également Rawlinson. En outre, on a trouvé dans son rectum un sac contenant des drogues dont certaines correspondaient aux sortes de drogues subtilisées au cours du vol qualifié, et un témoin, suivant ses instructions, a retrouvé une carabine à canon tronqué semblable à l'arme utilisée au cours du vol qualifié par la personne répondant à sa description. Enfin, Rawlinson a refusé de témoigner malgré les circonstances incriminantes.

Arrêt: Le pourvoi de Frank Earl Leaney contre les déclarations de culpabilité de vol qualifié et d'usage d'armes à feu lors de la perpétration d'une infraction est accueilli.

Arrêt (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi de Frank Earl Leaney contre la déclaration de culpabilité d'introduction par effraction est rejeté.

Arrêt (les juges Lamer et Wilson sont dissidents): Le pourvoi de Henry Hugh Rawlinson est rejeté.

Les juges McLachlin, Sopinka et L'Heureux-Dubé: Deux erreurs fondamentales ont été commises au procès: (1) lorsque le juge du procès a considéré la preuve de l'introduction par effraction comme une preuve de faits

on the charges arising out of the robbery and, (2) when the evidence of the police officers as to the identity of the persons shown on the videotape was admitted.

The Court of Appeal properly applied s. 613(1)(b)(iii) in upholding Leaney's conviction for the break-in because no reasonable jury, properly instructed and acting judicially, could fail to convict on the admissible evidence presented on the break-in. Since the trial judge arrived at his conclusion as to identity independently of the evidence of the police officers, their evidence assumed the character of mere surplusage and its being inadmissible did not impair his independent conclusion. No appearance unfairness could be said to arise here, nor was there a miscarriage of justice.

The Court of Appeal erred in applying s. 613(1)(b)(iii) to the charges against Leaney arising out of the robbery for a reasonable jury could acquit on the evidence. The trial judge's conclusions as to identity in the break-in could not be admitted as similar fact evidence in the charges relating to the robbery.

The trial judge erred in using evidence on the break-in trial as similar fact evidence on the robbery and firearms charges against Rawlinson. The Court of Appeal, however, correctly concluded that no reasonable jury, properly instructed and acting judicially, could fail to convict on the admissible evidence on the robbery and firearms charges and properly applied s. 613(1)(b)(iii). The admissible evidence against Rawlinson was impressive and the court could take into account his failure to explain evidence connecting him to the crime.

Per Lamer J. (dissenting with respect to the appeal of Henry Hugh Rawlinson): The application of s. 613(1)(b)(iii) to a given set of facts in a case involves a question of law.

A new trial should have been ordered because the evidence against Leaney on the robbery and on the firearms charges was such that a reasonable jury could

similaires qui touche à l'identification des accusés relativement aux accusations découlant du vol qualifié, et (2) lorsque les témoignages des agents de police relativement à l'identité des personnes qui apparaissent sur la bande vidéo ont été admis.

La Cour d'appel a eu raison d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) en confirmant la déclaration de culpabilité de Leaney relativement à l'introduction par effraction parce qu'il n'y avait pas de possibilité qu'un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon judiciaire, ne conclue pas à la culpabilité compte tenu des éléments de preuve admissibles présentés relativement à l'introduction par effraction. Puisque le juge du procès est arrivé à sa conclusion sur l'identité indépendamment des dépositions des agents de police, leurs dépositions ont un caractère purement superfétatoire et le fait qu'elles soient admissibles n'invalide pas sa conclusion indépendante. On ne peut pas dire qu'il y a apparence d'injustice en l'espèce et aucune erreur judiciaire grave n'a été commise.

La Cour d'appel a commis une erreur en appliquant le sous-al. 613(1)(b)(iii) aux accusations portées contre Leaney relativement au vol qualifié parce qu'un jury raisonnable aurait pu prononcer l'acquittement en se fondant sur la preuve. Les conclusions du juge du procès sur l'identité relativement à l'introduction par effraction ne sauraient être admises à titre de preuve de faits similaires quant aux accusations de vol qualifié.

Le juge du procès a commis une erreur en utilisant la preuve relative au procès pour introduction par effraction à titre de preuve de faits similaires quant aux accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu portées contre Rawlinson. La Cour d'appel a cependant eu raison de conclure qu'aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon judiciaire, n'aurait rendu un verdict d'acquittement compte tenu des éléments de preuve admissibles présentés relativement aux accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu et c'est à bon droit qu'elle a appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii). La preuve admissible contre Rawlinson était impressionnante et la cour pouvait tenir compte de son omission de donner des explications concernant la preuve qui le liait au crime.

Le juge Lamer (dissident quant au pourvoi de Henry Hugh Rawlinson): L'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) dans une situation donnée comporte une question de droit.

Un nouveau procès aurait dû être ordonné parce que la preuve contre Leaney relativement aux accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu était telle qu'un

convict and yet the conclusion could not be made that no reasonable jury could acquit.

The evidence adduced against Rawlinson on the robbery and firearms charges did not meet the test of s. 613(1)(b)(iii) and a new trial should be ordered. It was evidence upon which a verdict of guilt could rest comfortably and stand well beyond the reach of a court of appeal's determination that it was unreasonable and could not be supported by the evidence. Much more, however, was required under s. 613(1)(b)(iii).

The trial judge erred in admitting the evidence of the five police officers in Leaney's trial for break and enter. The testimony of four of the officers was inadmissible and that of the police sergeant should first have been considered on a *voir dire*. The proviso of s. 613(1)(b)(iii) was nevertheless properly operative as regards admission of the police sergeant's testimony. He had been fully cross-examined and the matter was not raised on appeal or through affidavit evidence alleging the his defence had been prejudiced by the omission. The fact that the trial judge arrived at his own conclusion as to Leaney's identity, quite independently of the police officers' testimony, did not result in or appear to result in a substantial wrong or miscarriage of justice.

Per Wilson J. (dissenting with respect to the appeal of Henry Hugh Rawlinson and with respect to the appeal of Frank Earl Leaney from the conviction for break and enter): The convictions of Leaney and Rawlinson relating to the robbery and firearms offences could not stand and a new trial should be ordered for the reasons given by Lamer J. A new trial, too, should be ordered for Leaney on the break and enter conviction.

A "substantial wrong or miscarriage of justice" sufficient to preclude s. 613(1)(b)(iii) can occur when an appearance of unfairness is created by the judge's error of law. An appearance of unfairness was created when the trial judge admitted the evidence of the police officers and buttressed his own conclusions with it. The evidence of four of the officers was clearly inadmissible and that of the police sergeant, even if admissible, could not be separated from that of the other officers because the overall appearance was still one of unfairness. A *voir dire* should have been held to determine the admissibility of the police sergeant's testimony. The appearance of

jury raisonnable aurait pu conclure à la culpabilité et, de plus, on ne pouvait pas conclure qu'aucun jury raisonnable aurait pu rendre un verdict d'acquiescement.

La preuve produite contre Rawlinson, relativement aux accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu, n'est pas conforme au critère du sous-al. 613(1)(b)(iii) et un nouveau procès doit être ordonné. Il s'agit d'une preuve à partir de laquelle un verdict de culpabilité pourrait être rendu sans difficulté et sans pouvoir faire l'objet d'une décision d'une cour d'appel qu'il était déraisonnable et ne pouvait être justifié par la preuve produite. Cependant, le sous-al. 613(1)(b)(iii) requiert davantage.

Le juge du procès a commis une erreur en admettant le témoignage des cinq agents de police au procès de Leaney pour introduction par effraction. Le témoignage de quatre des policiers n'est pas admissible et celui du sergent de police aurait d'abord dû faire l'objet d'un *voir-dire*. Le sous-alinéa 613(1)(b)(iii) s'applique néanmoins à bon droit en ce qui concerne l'admission du témoignage du sergent de police. Il a fait l'objet d'un contre-interrogatoire complet et la question n'a pas été soulevée en appel ni dans la preuve par affidavit dans laquelle on alléguait que cette omission avait nui à sa défense. Le fait que le juge du procès soit arrivé à sa propre conclusion quant à l'identité de Leaney, tout à fait indépendamment du témoignage des agents de police, n'a pas causé ni ne paraît avoir causé de tort important ni d'erreur judiciaire grave.

Le juge Wilson (dissidente quant au pourvoi de Henry Hugh Rawlinson et quant au pourvoi de Frank Earl Leaney contre sa déclaration de culpabilité d'introduction par effraction): Les déclarations de culpabilité de Leaney et de Rawlinson relativement aux infractions de vol qualifié et d'usage d'armes à feu ne peuvent être maintenues et un nouveau procès doit être ordonné pour les motifs donnés par le juge Lamer. Un nouveau procès doit également être ordonné à l'égard de Leaney relativement à la déclaration de culpabilité d'introduction par effraction.

Un «tort important ou [une] [...] erreur judiciaire grave» suffisants pour empêcher le recours au sous-al. 613(1)(b)(iii) peuvent se produire lorsque l'erreur de droit du juge du procès crée une apparence d'injustice. Une apparence d'injustice a été créée lorsque le juge du procès a admis le témoignage des agents de police et l'a utilisé pour étayer ses propres conclusions. Le témoignage de quatre des policiers était clairement inadmissible et celui du sergent de police, même à supposer qu'il soit admissible, ne pouvait être séparé de celui des autres policiers parce que l'apparence générale demeurait une apparence d'injustice. Un *voir-dire* aurait dû être tenu

unfairness could only be dispelled if no reliance were placed on the trial judge's reasons regarding the identification of the man in the videotape. Since the admissible evidence against Leaney, apart from the videotape evidence, was inadequate to compel the conclusion that a properly instructed trier of fact would necessarily have convicted him of the break and enter charge, s. 613(1)(b)(iii) should not be applied.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650.

By Lamer J. (dissenting in part)

Referred to: *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Brooks v. The King*, [1927] S.C.R. 633; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834.

By Wilson J. (dissenting in part)

Referred to: *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400, leave to appeal refused, [1982] 2 S.C.R. x; *R. v. Duke* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 313; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(a)(ii), (b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (*R. v. Leaney*) (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362, 81 A.R. 247, 38 C.C.C. (3d) 263, dismissing an appeal from conviction by Plomp Prov. Ct. J. Appeal allowed with respect to the convictions for robbery and for use of firearms in the commission of an offence. Appeal dismissed with respect to the conviction for the break and enter (Wilson J. dissenting).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (*R. v. Rawlinson*) (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362, 81 A.R. 247, 38 C.C.C. (3d) 263, dismissing an appeal from convictions by Plomp Prov. Ct. J. Appeal dismissed (Lamer and Wilson JJ. dissenting).

pour déterminer l'admissibilité du témoignage du sergent de police. L'apparence d'injustice ne pourrait être dissipée que si on ne se fondait pas du tout sur les motifs du juge du procès concernant l'identification de l'homme sur la bande vidéo. Puisque la preuve admissible contre Leaney, mise à part la preuve de la bande vidéo, était insuffisante pour entraîner nécessairement la conclusion qu'un juge des faits, bien instruit du droit, l'aurait forcément déclaré coupable d'introduction par effraction, le sous-al. 613(1)(b)(iii) ne doit pas être appliqué.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400; *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650.

Citée par le juge Lamer (dissident en partie)

Arrêts mentionnés: *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Brooks v. The King*, [1927] R.C.S. 633; *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834.

Citée par le juge Wilson (dissidente en partie)

Arrêts mentionnés: *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400, autorisation de pourvoi refusée, [1982] 2 R.C.S. x; *R. v. Duke* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 313; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)(a)(ii), (b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (*R. v. Leaney*) (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362, 81 A.R. 247, 38 C.C.C. (3d) 263, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Plomp de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli en ce qui concerne les déclarations de culpabilité de vol qualifié et d'usage d'armes à feu lors de la perpétration d'une infraction. Pourvoi rejeté en ce qui concerne la déclaration de culpabilité d'introduction par effraction (le juge Wilson est dissidente).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (*R. v. Rawlinson*) (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362, 81 A.R. 247, 38 C.C.C. (3d) 263, qui a rejeté l'appel des déclarations de culpabilité prononcées par le juge Plomp de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté (les juges Lamer et Wilson sont dissidents).

Thomas Engel, for the appellant Frank Earl Leaney.

Darcy DePoe, for the appellant Henry Hugh Rawlinson.

Michael Watson, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

LAMER J. (dissenting in part)—The two accused were convicted by a Provincial Court judge, sitting in Edmonton, Alberta, of armed robbery, break and enter, use of a firearm in the commission of an offence and, in Rawlinson's case, possession of stolen property. Rawlinson appealed below (and in this Court) all of his convictions except the break and enter and possession convictions which are not before us; Leaney appeals all of his convictions.

By a majority the Court of Appeal of Alberta [(1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362] dismissed the appeals of both on all counts. Harradence J.A. would have granted the appellant Rawlinson a new trial on the robbery and firearms charges, but dismissed his appeal on the charge of possession of stolen property; he would have granted a new trial to the appellant Leaney on the charge of break and enter, and a new trial with regard to the robbery and firearm charges.

As Harradence J.A.'s dissent was one on a question of law, the two accused came to this Court as of right. The only question of law upon which Harradence J.A. dissented in both appeals was whether these were proper cases for the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. There does not appear to be any disagreement below as to what is the proper test to be applied under s. 613(1)(b)(iii) which is now well known and which was set out in

Thomas Engel, pour l'appelant Frank Earl Leaney.

Darcy DePoe, pour l'appelant Henry Hugh Rawlinson.

Michael Watson, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER (dissident en partie)—Un juge de la Cour provinciale qui siégeait à Edmonton en Alberta a reconnu les deux accusés coupables de vol à main armée, d'introduction par effraction et d'usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction et, dans le cas de Rawlinson, de possession de biens volés. Rawlinson a interjeté appel devant la Cour d'appel (et devant cette Cour) contre toutes ses déclarations de culpabilité à l'exception de celles concernant l'introduction par effraction et la possession de biens volés dont nous ne sommes pas saisis. Leaney a interjeté appel contre toutes ses déclarations de culpabilité.

La Cour d'appel de l'Alberta [(1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362], à la majorité, a rejeté les appels des deux accusés relativement à tous les chefs d'accusation. Dans le cas de l'appelant Rawlinson, le juge Harradence aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès quant aux accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu, mais il aurait rejeté l'appel quant à l'accusation de possession de biens volés; dans le cas de l'appelant Leaney, il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès quant à l'accusation d'introduction par effraction, d'une part, et quant aux accusations de vol qualifié et d'usage d'une arme à feu, d'autre part.

Comme la dissidence du juge Harradence portait sur une question de droit, les deux accusés se sont pourvus de plein droit devant cette Cour. Dans les deux appels, la seule question de droit au sujet de laquelle le juge Harradence a manifesté sa dissidence était de savoir s'il s'agissait d'affaires où il y avait lieu d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Devant les tribunaux d'instance inférieure, il ne semble pas y avoir eu de désaccord sur le critère qui doit être appliqué en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii), lequel critère est maintenant bien connu et formulé dans l'arrêt *Colpitts v. The*

Colpitts v. The Queen, [1965] S.C.R. 739, per Cartwright J. at p. 744:

... once error in law has been found to have occurred at the trial, the onus resting upon the Crown is to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred. The satisfaction of this onus is a condition precedent to the right of the Appellate Court to apply the terms of the subsection at all. The Court is not bound to apply the subsection merely because this onus is discharged.

and per Spence J., at p. 755, quoting *Brooks v. The King*, [1927] S.C.R. 633, as follows:

... this Court must apply the test set out in the afore-said cases and, to quote again from *Brooks v. The King*:

The onus is upon the Crown to satisfy the Court that the jury, charged as it should have been, could not, as reasonable men, have done otherwise than find the appellant guilty.

and then, further on, at p. 756:

If there is any possibility that twelve reasonable men, properly charged, would have a reasonable doubt as to the guilt of the accused, then this Court should not apply the provisions of s. 592(1)(b)(iii) to affirm a conviction.

The Crown argues that, the Court of Appeal having applied the right test, the issues raised by the appellants before this Court relate to the applicability of this test to the evidence before the learned trial judge, and that, as such an exercise requires a reconsideration of the evidence, there is not raised a question of law alone.

This Court has decided that the application of s. 613(1)(b)(iii) to a given set of facts in a case involves a question of law (see *Mahoney v. The Queen*, [1982] S.C.R. 834). This, in my view, disposes of the Crown's preliminary objection. This case does not raise the issue where the difference of result is due to a disagreement on the facts. In this case, the facts are common ground. There is, however, a disagreement as regards the admissibility of a police sergeant's evidence in the break and enter charge only and also in relation to Leaney only. But that also is a question of law.

Queen, [1965] R.C.S. 739, le juge Cartwright, à la p. 744:

[TRADUCTION] ... une fois que l'on a jugé qu'il y a eu erreur de droit au procès, il incombe à la poursuite d'établir à la satisfaction de la Cour que le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite. Cette preuve est une condition préalable de toute application des dispositions de ce sous-alinéa par la Cour d'appel. La Cour n'est pas tenue de l'appliquer du seul fait que cette obligation se trouve satisfaite.

et le juge Spence, à la p. 755, citant l'arrêt *Brooks v. The King*, [1927] R.C.S. 633:

[TRADUCTION] ... cette Cour doit appliquer le critère énoncé dans les affaires susmentionnées et, comme il est dit dans *Brooks v. The King*:

Il incombe au ministère public de convaincre la Cour que si les jurés avaient reçu les directives qu'ils auraient dû recevoir, ils n'auraient pu raisonnablement faire autrement que déclarer l'appelant coupable.

et plus loin encore, à la p. 756:

[TRADUCTION] S'il y a la moindre possibilité que douze hommes raisonnables, ayant reçu des directives appropriées, aient un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé, alors cette Cour ne doit pas appliquer le sous-al. 592(1)(b)(iii) pour confirmer la déclaration de culpabilité.

La poursuite prétend que, la Cour d'appel ayant appliqué le bon critère, les questions que les appellants ont soulevées devant cette Cour portent sur l'applicabilité de ce critère à la preuve soumise au juge du procès et que, puisque cet exercice exige un nouvel examen de la preuve, l'affaire ne soulève pas uniquement une question de droit.

Cette Cour a décidé que l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) dans une situation donnée comporte une question de droit (voir l'arrêt *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834). À mon avis, voilà qui règle l'objection préliminaire de la poursuite. Cette affaire ne soulève pas une question où la divergence sur le plan de l'issue provient d'un désaccord sur les faits. En l'espèce, les faits ne sont pas contestés. Il existe cependant un désaccord en ce qui concerne l'admissibilité du témoignage d'un sergent de police quant à l'accusation d'introduction par effraction, d'une part, et quant à Leaney, d'autre part. Mais cela constitue aussi une question de droit.

As this case requires that we deal with the charges separately as regards Leaney and with the accused separately on the hold-up and arms charge, I will address this latter disagreement in due course, that is when I address Leaney's appeal of the hold-up conviction.

The Robbery and Arms Charge

The Facts

On February 4, 1985, at approximately 7:00 p.m., two armed persons robbed the Owl Drug Mart at 10713, 124th Street in Edmonton, taking a certain quantity of drugs. This robbery was witnessed by two employees of the drugstore. The smaller of the two persons was carrying a sawed-off rifle. A few hours later, a video camera captured a break-in by two men at Danlaur Drugs, which is a drugstore situated about two miles away from Owl Drug Mart.

The Evidence Against Leaney

At trial, the judge admitted as evidence in the hold-up charge that of the break and enter as similar fact evidence. This consisted of the videotape and evidence by the police officers identifying the accused Leaney, as being the taller person on the videotape. As I said, all in the Court of Appeal agreed that this was wrong and that that evidence was to be excluded.

The admissible evidence is that of a general description and circumstantial:

Ahmed Hassan stated that he heard some running in the pharmacy and saw a man with a mask, a toque over his face, carrying a rifle. He described this man as 5'7" to 8", kind of slim, 140 pounds. He was wearing a blue denim jacket with a white collar, blue prints and a toque. He said the man had blue eyes and a blonde mustache.

Mr. Hassan described the taller of the two men as 6'2" to 6'4", 160-170 pounds, quite thin, with a hunch in his back, also wearing a toque. He was wearing a short jean

Puisque cette affaire exige que nous traitions séparément, d'une part, des accusations portées contre Leaney et séparément, d'autre part, des accusés relativement aux accusations de hold-up et d'usage d'une arme à feu, je vais aborder la question de ce dernier désaccord en temps utile, lorsque j'examinerai l'appel de Leaney contre sa déclaration de culpabilité relativement l'accusation de hold-up.

Les accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu

Les faits

Le 4 février 1985, vers 19 h, deux personnes armées ont commis un vol au Owl Drug Mart situé au 10713, 124^e rue à Edmonton, et sont reparties avec une certaine quantité de drogues. Deux employés de la pharmacie ont été témoins de ce vol. La plus petite des deux personnes transportait une carabine à canon tronqué. Quelques heures plus tard, une caméra vidéo a filmé deux hommes qui s'étaient introduits au Danlaur Drugs, une pharmacie située à deux milles du Owl Drug Mart.

La preuve contre Leaney

Au procès, pour établir l'accusation de hold-up, le juge a admis les éléments de preuve de l'accusation d'introduction par effraction comme preuve de faits similaires. Il s'agissait de la bande vidéo et du témoignage des policiers identifiant Leaney comme la plus grande personne sur la bande vidéo. Comme je l'ai déjà dit, tous les juges de la Cour d'appel ont convenu qu'il était incorrect de procéder ainsi et que ce témoignage devait être écarté.

La preuve admissible est de la nature d'une description générale et circonstancielle:

[TRADUCTION] Ahmed Hassan a affirmé avoir entendu courir dans la pharmacie et avoir vu un homme portant un masque, une cagoule sur le visage et une carabine. Selon sa description, l'homme mesurait de 5 pi 7 po à 5 pi 8 po, il était plutôt mince et devait faire 140 lbs. Il portait une veste de denim bleu avec collet blanc, un pantalon bleu et une tuque. Il a dit que l'homme avait les yeux bleus et une moustache blonde.

Dans sa description du plus grand des deux hommes, M. Hassan a dit que celui-ci mesurait de 6 pi 2 po à 6 pi 4 po, pesait entre 160 et 170 lbs, qu'il était très mince,

jacket, blue jean pants and wearing runners. Both Ms. Zemed and Mr. Hassan were very scared by the experience. The robbery took about 5 minutes and a large quantity of drugs was taken.

The police found in a garbage pail in the laundry room adjacent to Rawlinson's suite, five small empty boxes marked "Owl Drug Mart". These boxes were identified as having come from the robbery. A finger and palm print of the appellant Leaney was found upon these boxes.

Finally, Leaney was seen in Rawlinson's apartment with an unidentified man the day before the robbery. The majority in the Court of Appeal stated that the man was Rawlinson. With respect, that had not been established; but not much turns upon this.

Once excluded the evidence of the break and enter, there remains only, and I quote from the Crown's factum, the following evidence:

- a) Just hours after the commission of the robbery, boxes taken in the robbery were found just outside Rawlinson's apartment with the Appellant Leaney's fingerprints and palm prints upon them.
- b) Leaney matched the general description of one of the two culprits involved in the robbery.
- c) The association of Leaney with Rawlinson, who matched the description of the other culprit

While one must acknowledge that a jury could reasonably convict on this evidence, we could surely not conclude that this evidence is such that no jury could reasonably acquit. Accordingly, as would have Harradence J.A., I would order a new trial for Leaney on the hold-up and arms charge.

The Evidence Against Rawlinson

There is more of it than in Leaney's case but it is circumstantial only. There is no positive identifi-

bossu et portait aussi une tuque. Il portait une veste en jean courte, un blue-jean et des chaussures de course. Madame Zemed et M. Hassan ont eu tous les deux très peur. Le vol a duré 5 minutes environ et une quantité importante de drogues a été volée.

Les policiers ont trouvé dans une poubelle de la salle de lavage adjacente à l'appartement de Rawlinson cinq petites boîtes vides portant l'inscription «Owl Drug Mart». Ces boîtes ont été identifiées comme provenant du vol. Elles portaient l'empreinte d'un doigt et de la paume de la main de l'appellant Leaney.

Enfin, la veille du vol, Leaney a été vu dans l'appartement de Rawlinson en compagnie d'un homme non identifié. La Cour d'appel, à la majorité, a affirmé qu'il s'agissait de Rawlinson. En toute déférence, on n'en a pas fait la preuve, mais cela ne porte pas à conséquence.

Une fois écartée la preuve relative à l'introduction par effraction, il ne reste que la preuve suivante que je reproduis à partir du mémoire de la poursuite:

[TRADUCTION]

- a) Quelques heures à peine après la perpétration du vol, des boîtes provenant du vol ont été retrouvées juste à l'extérieur de l'appartement de Rawlinson avec l'empreinte d'un doigt et de la paume de l'appellant Leaney.
- b) Leaney répondait à la description générale de l'un des deux accusés impliqués dans le vol.
- c) L'association de Leaney avec Rawlinson, qui répondait à la description de l'autre accusé . . .

Bien qu'il faille reconnaître qu'un jury pourrait raisonnablement prononcer un verdict de culpabilité à partir de cette preuve, nous ne pourrions certainement pas conclure qu'aucun jury n'aurait pu raisonnablement prononcer un verdict d'acquiescement à partir de cette preuve. Par conséquent, comme l'aurait fait le juge Harradence, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, dans le cas de Leaney, relativement aux accusations de hold-up et d'usage d'armes à feu portées contre lui.

La preuve contre Rawlinson

Il existe plus d'éléments de preuve que dans le cas de Leaney, mais il s'agit seulement d'éléments

cation. Harradence J.A. merely stated that it could not meet the test of s. 613(1)(b)(iii). The majority, however, were more specific and listed the evidence they felt did, as follows at p. 379:

1. Twelve to 14 hours after the robbery, boxes taken by the robbers during the robbery were found in the laundry room next to Rawlinson's apartment and Rawlinson admitted putting them there or having them put there.

2. The police recovered from Rawlinson's anal cavity a bag containing 4 of the 12 kinds of drugs stolen during the robbery.

3. The witness Soroka, based on what Rawlinson told him, went and recovered a sawed-off rifle and turned it over to the police. The rifle was similar to the weapon described by witnesses as being carried by the smaller person in the robbery.

4. The witnesses to the robbery described the smaller robber as being thin and short and carrying a sawed-off shotgun. One witness thought the smaller robber had a blonde moustache. The evidence is that Rawlinson was clean shaven but the description otherwise fits the general physical description of Rawlinson.

5. The day before the robbery the accused Leaney, who is thin and tall (6 foot 2 inches to 6 foot 4 inches), was seen visiting the apartment residence of Rawlinson. The witnesses to the robbery described the smaller robber's companion as being thin and tall (6 foot 2 inches to 6 foot 4 inches).

Additionally, the accused Rawlinson declined to testify at the trial despite the incriminating circumstances heretofore listed.

With respect, my reading of the evidence requires a small qualification to the evidence referred to by the Court of Appeal. Indeed, as regards the drugs found in a bag in Mr. Rawlinson's rectum, there were found, along with four or five drugs of the same kind taken from the drugstore, other drugs which were identified as not coming from the robbery.

I agree with Harradence J.A. that the evidence adduced against Rawlinson does not meet the test of s. 613(1)(b)(iii). It is evidence upon which a verdict of guilt could rest comfortably and stand well beyond the reach of a court of appeal's deter-

de preuve circonstancielle. Aucune identification formelle n'a été faite. Le juge Harradence a seulement affirmé que la preuve ne saurait être conforme au critère du sous-al. 613(1)(b)(iii). Les juges formant la majorité ont cependant été plus précis et ont énuméré les éléments de preuve qui, à leur avis, l'étaient à la p. 379:

[TRADUCTION] 1. Douze à quatorze heures après le vol, on a trouvé dans la salle de lavage, située à côté de l'appartement de Rawlinson, des boîtes prises par les voleurs au cours du vol et Rawlinson admet les avoir placées ou fait placer là.

2. La police a trouvé dans le rectum de Rawlinson un sac contenant 4 des 12 sortes de drogues volées.

3. À partir de ce que lui a dit Rawlinson, le témoin Soroka a retrouvé une carabine à canon tronqué et l'a remise à la police. La carabine était semblable à l'arme que le témoin a décrite comme étant celle que transportait la plus petite personne au cours du vol.

4. Selon les témoins du vol, le plus petit voleur était mince et court, et il transportait un fusil à canon tronqué. L'un des témoins a cru que le plus petit voleur avait une moustache blonde. Selon la preuve produite, Rawlinson était frais rasé, mais la description est par ailleurs fidèle à la description physique générale de Rawlinson.

5. La veille du vol, l'accusé Leaney qui est mince et grand (6 pi 2 po à 6 pi 4 po) a été aperçu dans l'appartement de Rawlinson. Les témoins du vol ont décrit le compagnon du plus petit voleur comme étant mince et grand (6 pi 2 po à 6 pi 4 po).

En outre, l'accusé Rawlinson a refusé de témoigner au procès malgré les faits incriminants énumérés jusqu'ici.

En toute déférence, selon mon interprétation de la preuve, il faut apporter une légère réserve à la preuve mentionnée par la Cour d'appel. En effet, en ce qui concerne les drogues trouvées dans un sac dans le rectum de M. Rawlinson, on a trouvé, outre les quatre ou cinq drogues du même genre que celles provenant de la pharmacie, d'autres drogues identifiées comme ne provenant pas du vol.

Je partage l'avis du juge Harradence que la preuve produite contre Rawlinson n'est pas conforme au critère du sous-al. 613(1)(b)(iii). Il s'agit d'une preuve à partir de laquelle un verdict de culpabilité pourrait être rendu sans difficulté et

mination that it was unreasonable and could not be supported by the evidence. But with respect for the views of the majority, as has often been stated, much more is required under s. 613(1)(b)(iii). I would therefore allow Rawlinson's appeal as regards the hold-up and firearms charge and order a new trial.

There remains the break and enter charge against Leaney.

Leaney and the Break and Enter

The evidence is an identification by the judge upon viewing a video of the burglary, coupled with the identification by a police sergeant who also viewed the video. The admissibility of the latter identification is contested and I will be addressing that issue shortly. In addition to the identification, there is evidence of Leaney's association with Rawlinson, who is definitely linked to the burglary.

At trial, the judge admitted as evidence the testimony of five police officers who testified as to Leaney's identity as being the taller person on the videotape. It is common ground that this opinion evidence was inadmissible as regards four of the five police officers. As for the remaining officer, one Sergeant Cessford, who had known the appellant Leaney for 15 years, it is common ground that his opinion evidence could be received. However, the appellant Leaney, at trial and in this Court, but not in the Court of Appeal, takes the position that this evidence could not be received without the holding of a *voir dire* as to Sergeant Cessford's particular qualifications to give opinion evidence. Harradence J.A. *proprio motu* raised the matter and excluded the evidence. The position taken by the majority in the Court of Appeal is best enunciated by quoting integrally what they said at pp. 380-81:

On his appeal of the conviction for the break, enter and theft, Leaney is faced with the finding of the trial judge that he was the taller person shown on the videotape. This is a finding of fact which the trial judge was entitled to make and it is one which is entirely consistent with the evidence tendered at trial, some of which is:

sans pouvoir faire l'objet d'une décision d'une cour d'appel qu'il était déraisonnable et ne pouvait être justifié par la preuve produite. Cependant, en toute déférence pour l'opinion de la majorité, le sous-al. 613(1)(b)(iii) requiert davantage comme on l'a souvent affirmé. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi de Rawlinson quant aux accusations de hold-up et d'usage d'armes à feu et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Il reste à examiner l'accusation d'introduction par effraction portée contre Leaney.

Leaney et l'accusation d'introduction par effraction

La preuve est constituée de l'identification faite par le juge après avoir visionné le vidéo du cambriolage et de l'identification faite par un sergent de police qui a également visionné le vidéo. L'utilisation en preuve de cette dernière identification est contestée et je vais en traiter sous peu. En plus de l'identification, il y a preuve de l'association de Leaney avec Rawlinson qui est nettement relié au cambriolage.

Au procès, le juge a admis en preuve le témoignage de cinq policiers qui ont affirmé que Leaney était la plus grande personne sur la bande vidéo. Tous reconnaissent que ce témoignage d'opinion est inadmissible en ce qui concerne quatre des cinq policiers. Quant au cinquième, un certain sergent Cessford, qui connaissait l'appelant Leaney depuis 15 ans, tous s'accordent pour dire que son témoignage d'opinion peut être utilisé. L'appelant Leaney a toutefois soutenu au procès et devant cette Cour, mais non en Cour d'appel, que cette preuve ne pouvait être reçue sans tenir un *voir-dire* sur les compétences particulières du sergent Cessford de donner un témoignage d'opinion. Le juge Harradence a soulevé la question de son propre chef et écarté la preuve. La meilleure façon d'exposer l'opinion retenue par la majorité des juges en Cour d'appel est de reproduire intégralement ce qu'ils ont dit aux pp. 380 et 381:

[TRADUCTION] En appel de sa déclaration de culpabilité relative aux accusations d'introduction par effraction et de vol, Leaney est confronté à la conclusion du juge du procès qu'il était la plus grande personne sur la bande vidéo. C'est une conclusion de fait que le juge du procès pouvait tirer et qui est tout à fait conforme à la preuve présentée au procès dont voici certains extraits:

1. Rawlinson has admitted that he is the smaller thief shown in the videotape and the evening before the break and enter Rawlinson met with the accused Leaney at the Rawlinson apartment.

2. A baseball cap similar to that worn by the taller thief in the break and enter was found several hours after the break and enter in the car parked outside the Rawlinson residence and which has been associated with Rawlinson's apartment.

3. A liquid of the same sort as the cough syrup taken in the break and enter was found outside that automobile and empty containers of the same were found outside of the Rawlinson apartment.

4. A baseball bat similar to the baseball bat seen carried by the taller thief in the break and enter was seized at Rawlinson's apartment.

5. Clothing similar to some of the clothing worn by the thieves in the break and entry was found at Rawlinson's apartment.

6. Various police officers viewed the videotape, one of whom was Sergeant Cessford. Cessford has known the accused Leaney for 15 or 16 years and was able to identify Leaney as the taller thief in the videotape by reference to Leaney's jaw, slouch, back and movements generally.

In concluding that Leaney's conviction for the break and entry ought to be quashed and a new trial ordered, Harradence J.A. put emphasis on the fact that the trial judge refused a defence request for a voir dire on the admissibility of police testimony identifying Leaney as the taller person in the videotape.

Neither in his factum nor in argument before us did Leaney raise the refusal of the trial judge to hold a voir dire as a ground or argument of appeal. Notwithstanding that, I would be prepared to recall counsel to argue the point if there was some possibility that a change in result would occur. But that is not the case.

Even if the ruling was wrong and the trial judge ought not to have heard or considered the testimony of the police officers on this point, would a quashing of the conviction be warranted? The trial judge makes clear that his finding of fact that Leaney is the man in the videotape is based upon his review of the videotape and of seeing Leaney every day during the trial. Indeed, in commenting on the impugned police evidence the trial judge speaks of accepting it as it conforms to his own conclusion. Finally, it is clear that, had a voir dire been

1. Rawlinson a admis qu'il était le plus petit voleur sur la bande vidéo et que la veille de l'introduction par effraction, il a rencontré à son appartement l'accusé Leaney.

a 2. Une casquette de baseball semblable à celle que portait le voleur le plus grand au cours de l'introduction par effraction a été trouvée plusieurs heures après l'infraction dans une voiture stationnée à l'extérieur du lieu de résidence de Rawlinson, la place de stationnement b ayant été associée à l'appartement de Rawlinson.

3. Un liquide du même genre que le sirop pour la toux pris au cours de l'introduction par effraction a été trouvé à l'extérieur de cette voiture et des contenants vides de ce liquide ont été trouvés à l'extérieur de l'appartement c de Rawlinson.

4. Un bâton de baseball semblable à celui que transportait le voleur le plus grand au cours de l'introduction par effraction a été saisi à l'appartement de Rawlinson.

d 5. Des vêtements semblables à certains que portaient les voleurs au cours de l'introduction par effraction ont été trouvés à l'appartement de Rawlinson.

e 6. Plusieurs policiers ont visionné la bande vidéo, dont le sergent Cessford. Celui-ci connaissait l'accusé Leaney depuis 15 ou 16 ans et a été en mesure de l'identifier comme étant le voleur le plus grand sur la bande vidéo à partir de sa mâchoire, de sa démarche, de son dos et de ses mouvements en général.

En décidant que la déclaration de culpabilité de Leaney quant à l'accusation d'introduction par effraction devait être annulée et qu'un nouveau procès devait être ordonné, le juge Harradence a insisté sur le fait que le juge du procès a refusé la demande de la défense qu'un voir-dire soit tenu sur l'admissibilité du témoignage du policier qui avait identifié Leaney comme la f g personne la plus grande sur la bande vidéo.

Leaney n'a soulevé le refus du juge du procès de tenir un voir-dire comme moyen d'appel ni dans son mémoire ni dans les plaidoiries devant nous. Malgré cela, je serais h prêt à faire comparaître l'avocat à nouveau pour qu'il débâte cette question si cela pouvait modifier le résultat. Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce.

Même si la décision était erronée et que le juge du procès n'aurait pas dû entendre ni examiner le témoignage des policiers à cet égard, l'annulation de la déclaration de culpabilité serait-elle justifiée? Le juge du procès explique clairement que sa constatation de fait que Leaney est l'homme qui se trouve sur la bande vidéo se fonde sur son examen de la bande vidéo et sur le fait i j qu'il a vu Leaney tous les jours au cours du procès. En effet, dans ses remarques sur le témoignage contesté du policier, le juge du procès dit l'accepter parce qu'il est

held, Cessford's testimony would have been allowed and his testimony is direct and unequivocal and based upon his 15-or 16-year acquaintance with the accused Leaney.

In short, if the trial judge was in error in refusing the voir dire and some evidence was wrongly admitted, no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

This is the evidence that Leaney faces, subject to the following qualification. There is no evidence that Leaney met Rawlinson on the eve of the burglary. There is evidence that at that time, Leaney met an unidentified person at Rawlinson's apartment. Furthermore, Rawlinson's admission that he is the smaller burglar on the video is not, with respect, under the circumstances of this case, admissible against Leaney.

I agree with Harradence J.A. that a *voir dire* should have been held. But, Sergeant Cessford, after having been heard, was fully cross-examined; furthermore, Leaney did not raise the matter in the Court of Appeal, and, in this Court, did not seek through affidavit evidence to indicate in what way he was prejudiced in his defence by that omission. I therefore agree with Dea J. that the proviso of s. 613(1)(b)(iii) is properly operative as regards the trial judge's error and that if there is to be a new trial, it cannot be grounded on this error committed by the trial judge.

Furthermore, the trial judge made it clear that he had arrived at his conclusion irrespective of what the sergeant or the others had to say. While no doubt is cast on the sincerity of the judge's assertion, one might argue that the circumstances cast doubt on its accuracy or at least on the appearances thereof. We constantly ask jurors to disregard what they know through reading the papers or viewing telecasts of the news; we tell them to disregard certain answers given by witnesses; we tell them that while certain evidence may be used for one purpose, we will trust them not to use it for another. I do not see why judges cannot be trusted for same. In fact, our judges hold *voir dire*s on confessions and sometimes reject

conforme à sa propre conclusion. Enfin, il est clair que s'il y avait eu un voir-dire, le témoignage de Cessford aurait été admis; son témoignage est direct, sans équivoque et fondé sur le fait qu'il connaissait Leaney depuis 15 ou 16 ans.

En résumé, si le juge du procès a commis une erreur en refusant de tenir un voir-dire et que des éléments de preuve ont été utilisés à tort, il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave.

C'est là la preuve qui pèse contre Leaney sous réserve de la nuance suivante. Il n'y a aucune preuve que Leaney a rencontré Rawlinson la veille du cambriolage. Il y a preuve qu'à ce moment Leaney a rencontré une personne non identifiée à l'appartement de Rawlinson. En outre, le fait que Rawlinson ait admis qu'il est le voleur le plus petit sur le vidéo ne peut, en toute déférence, être utilisé contre Leaney compte tenu des circonstances de l'espèce.

Je partage l'avis du juge Harradence qu'un voir-dire aurait dû être tenu. Mais après avoir été entendu, le sergent Cessford a subi un contre-interrogatoire complet; en outre, Leaney n'a pas soulevé la question en Cour d'appel et il n'a pas tenté, devant cette Cour, d'indiquer au moyen d'une preuve par affidavit en quoi cette omission a nui à sa défense. Je suis donc d'accord avec le juge Dea pour affirmer que le sous-al. 613(1)(b)(iii) s'applique à bon droit en ce qui concerne l'erreur du juge du procès et que s'il doit y avoir un nouveau procès, il ne peut se fonder sur cette erreur commise par le juge du procès.

De plus, le juge du procès a indiqué clairement qu'il était parvenu à cette conclusion sans égard à ce que le sergent ou les autres avaient à dire. Bien que la sincérité de l'affirmation du juge ne fasse pas de doute, on pourrait faire valoir que les circonstances jettent un doute sur son exactitude ou à tout le moins sur ses apparences d'exactitude. Nous demandons constamment aux jurés de faire abstraction de ce qu'ils ont appris en lisant les journaux ou en écoutant les nouvelles; nous leur demandons de ne pas tenir compte de certaines réponses données par des témoins; nous leur disons que s'il leur est possible d'utiliser certains éléments de preuve à des fins données, nous sommes confiants qu'ils ne les utiliserons pas à d'autres fins. Je

them on grounds that in no way cast doubt on their accuracy; they are expected to and are accepted as being capable of deciding innocence or guilt without using their knowledge of the accused's admission of guilt in the rejected confession. So, if Plomp Prov. Ct. J. says that he identified Leaney on the video independently and without the aid of the identification of Sergeant Cessford, I am satisfied that there has not been any substantial wrong or miscarriage of justice, nor appearance thereof. I would therefore uphold Leaney's conviction for the break and enter.

Conclusion

To conclude, I would allow the appellant Rawlinson's and the appellant Leaney's appeal of the robbery and use of arms convictions, set aside the conviction entered below and order a new trial. I would dismiss Leaney's appeal from the break and enter charge.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting in part)—I have had the benefit of the reasons for judgment of my colleagues, Justice McLachlin and Justice Lamer. I agree with Lamer J. for the reasons given by him that the convictions of Leaney and Rawlinson relating to the robbery and firearms offences cannot stand and that a new trial must be ordered. However, unlike my colleagues, I would also order a new trial for Leaney on the break and enter charge.

The evidence which was adduced in relation to the break and enter charge against Leaney consisted of a videotape of the incident taken by a store security camera. The trial judge allowed the

ne vois pas pourquoi nous ne pourrions agir de même avec les juges. En effet, nos juges tiennent des voir-dire sur les aveux et les rejettent parfois pour des motifs qui ne mettent aucunement en doute leur exactitude; on prévoit et on considère qu'ils seront capables de décider de l'innocence ou de la culpabilité d'un accusé en faisant abstraction du fait que celui-ci a reconnu sa culpabilité dans l'aveu qui a été écarté. Donc, si le juge Plomp affirme avoir reconnu Leaney sur la bande vidéo de façon indépendante et sans l'aide de l'identification par le sergent Cessford, je suis convaincu qu'il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ou apparence d'un tel tort ou d'une telle erreur. Par conséquent, je suis d'avis de confirmer la déclaration de culpabilité de Leaney quant à l'accusation d'introduction par effraction.

Conclusion

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi des appelants Rawlinson et Leaney quant aux déclarations de culpabilité relatives aux accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu, d'annuler la déclaration de culpabilité rendue par la cour d'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi de Leaney quant à l'accusation d'introduction par effraction.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente en partie)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mes collègues les juges McLachlin et Lamer. Je conviens avec le juge Lamer, pour les motifs qu'il donne, que les déclarations de culpabilité de Leaney et de Rawlinson relativement aux infractions de vol qualifié et d'usage d'armes à feu ne peuvent être maintenues et que la tenue d'un nouveau procès doit être ordonnée. Cependant, contrairement à mes collègues, je suis également d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour Leaney relativement à l'accusation d'introduction par effraction.

La preuve produite relativement à l'accusation d'introduction par effraction portée contre Leaney consiste en un enregistrement vidéo de l'incident fait par une caméra de sécurité. Le juge du procès

Crown to tender the opinion evidence of five police officers who expressed the view that one of the persons they saw in the videotape was Leaney. Only one of these police officers, Sergeant Cessford, had had any previous contact with Leaney. At the conclusion of the trial the trial judge made the following remarks with regard to the break and enter charges against Rawlinson and Leaney:

The two persons responsible for the commission of the offence came into the range of the camera. Again, the lighting was good, focus was good but I could see no distortion of the picture whatsoever. The two men can be described as the shorter of the two, male Caucasian, wearing a toque high on his head, jean jacket, pants, carrying a baseball bat. There are several good views of this person, and having observed Hugh Rawlinson in the courtroom over a period of 16 days, I have no difficulty in saying without hesitation that they, the man in the video, and Hugh Rawlinson, in the courtroom, are one and the same.

The taller of the two, second person; on the video, he appears dark, long hair, Metis or Native appearance, very tall, much taller than Rawlinson and there's a perfect example when they are standing back to back when the hips of the taller man are almost to the height of the shoulders of Rawlinson, much taller man. Wearing a peaked cap of a baseball type which subsequently shows in the video a tree on the right-hand side of the indicator on the front of the cap which is similar to a cap seized by the police and was an exhibit. He's wearing a down filled type ski jacket, jeans with jacket, appearing above the waist, a comb, round shaped tail, in the right rear pocket. These are not as good—there is not as good a view of this face of this person, but again having had the opportunity to view the video and the accused, Frank Leaney in the court over 16 days, I have no difficulty in saying without hesitation that they are one and the same; the man in the video is Frank Leaney.

Having reached this conclusion myself, I have no trouble in accepting the evidence of the police officers with their different knowledge of the two accused persons and how they in their own way were able to identify the two accused from the video. [Emphasis added.]

a permis au ministère public de présenter le témoignage d'opinion de cinq agents de police qui ont exprimé l'avis qu'une des personnes qu'ils ont vues sur la bande vidéo était Leaney. Un seul de ces policiers, le sergent Cessford, connaissait déjà Leaney. À la fin du procès, le juge a fait les remarques suivantes relativement aux accusations d'introduction par effraction portées contre Rawlinson et Leaney:

[TRADUCTION] Les deux auteurs des infractions se sont trouvés dans le champ de la caméra. Encore là, l'éclairage était bon ainsi que la mise au point; je n'ai pu constater de distorsion quelconque de l'image. Le moins grand des deux hommes apparaît comme un blanc, qui porte une tuque haut sur la tête, une veste et des pantalons en jean et qui transporte un bâton de baseball. Il y a plusieurs prises claires de cette personne et, après avoir observé Hugh Rawlinson dans la salle d'audience pendant 16 jours, j'affirme sans hésitation que l'homme qu'on voit sur la bande vidéo et Hugh Rawlinson qui se trouve dans la salle d'audience, sont une seule et même personne.

Le plus grand des deux hommes sur la bande vidéo paraît avoir le teint foncé, les cheveux longs, comme un métis ou un autochtone, et il semble très grand, beaucoup plus grand que Rawlinson, ce qui ressort particulièrement bien quand ils apparaissent dos à dos, alors que les hanches de la personne plus grande arrivent presque à la hauteur des épaules de Rawlinson; il est donc beaucoup plus grand. Il porte une coiffure garnie d'une visière du genre casquette de baseball qui, on le voit par la suite, porte un arbre à la droite de l'insigne en avant et qui est semblable à la casquette saisie par la police et produite comme pièce à conviction. Il porte un veston rembourré du genre veston de ski, des jeans et un veston qui paraît au dessus de la taille; on voit un peigne à manche arrondi dans la poche arrière droite. Les prises ne sont pas aussi bonnes—il n'y a pas d'image aussi bonne du visage de cette personne, mais, là encore, ayant eu l'occasion d'observer le vidéo et l'accusé Frank Leaney dans la salle d'audience pendant 16 jours, je n'hésite nullement à dire que ce sont une seule et même personne; la personne qui apparaît sur la bande vidéo est Frank Leaney.

Étant moi-même arrivé à cette conclusion, je n'ai aucune difficulté à accepter les dépositions des agents de police au sujet de la connaissance différente qu'ils ont des deux accusés et de la manière dont ils ont pu identifier les deux accusés au moyen de l'enregistrement vidéo. [Je souligne.]

In upholding Leaney's conviction by applying s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* the majority of the Alberta Court of Appeal concluded that the trial judge identified Leaney as one of the persons in the videotape independently of the testimony of the police officers and it therefore did not matter whether the evidence of the police officers ought to have been admitted absent a *voir dire* or not. In any event, the majority of the Court of Appeal ruled that the testimony of one of the officers, Sergeant Cessford, would have been admissible had a *voir dire* been held. The majority found Sergeant Cessford's evidence to be one of several factors which supported the trial judge's finding of guilt. These factors are listed by the Court of Appeal in its reasons which are now reported at (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362, at pp. 380-81:

1. Rawlinson has admitted that he is the smaller thief shown in the videotape and the evening before the break and enter Rawlinson met with the accused Leaney at the Rawlinson apartment.

2. A baseball cap similar to that worn by the taller thief in the break and enter was found several hours after the break and enter in the car parked outside the Rawlinson residence and which has been associated with Rawlinson's apartment.

3. A liquid of the same sort as the cough syrup taken in the break and enter was found outside that automobile and empty containers of the same were found outside of the Rawlinson apartment.

4. A baseball bat similar to the baseball bat seen carried by the taller thief in the break and enter was seized at Rawlinson's apartment.

5. Clothing similar to some of the clothing worn by the thieves in the break and entry was found at Rawlinson's apartment.

6. Various police officers viewed the videotape, one of whom was Sergeant Cessford. Cessford has known the accused Leaney for 15 or 16 years and was able to identify Leaney as the taller thief in the videotape by reference to Leaney's jaw, slouch back and movements generally.

As my colleagues point out in their reasons, the appeal before this Court is concerned solely with

En confirmant la déclaration de culpabilité de Leaney par application du sous-al 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, la Cour d'appel de l'Alberta à la majorité a conclu que le juge du procès avait identifié Leaney comme étant une des personnes apparaissant sur la bande vidéo sans se servir du témoignage des agents de police et qu'il n'importait donc pas de savoir si leurs dépositions auraient dû être admises même s'il n'y avait pas eu voir-dire. Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a conclu à la majorité que le témoignage d'un des policiers, le sergent Cessford, aurait été admissible si un voir-dire avait été tenu. Les juges formant la majorité ont jugé que le témoignage du sergent Cessford n'était qu'un des nombreux facteurs qui étayaient la conclusion de culpabilité tirée par le juge du procès. La Cour d'appel énumère ces facteurs dans ses motifs qui sont maintenant publiés à (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362, aux pp. 380 et 381:

[TRADUCTION] 1. Rawlinson a admis qu'il était le plus petit voleur sur la bande vidéo et que la veille de l'introduction par effraction, il a rencontré à son appartement l'accusé Leaney.

2. Une casquette de baseball semblable à celle que portait le voleur le plus grand au cours de l'introduction par effraction a été trouvée plusieurs heures après l'infraction dans une voiture stationnée à l'extérieur du lieu de résidence de Rawlinson, la place de stationnement ayant été associée à l'appartement de Rawlinson.

3. Un liquide du même genre que le sirop pour la toux pris au cours de l'introduction par effraction a été trouvé à l'extérieur de cette voiture et des contenants vides de ce liquide ont été trouvés à l'extérieur de l'appartement de Rawlinson.

4. Un bâton de baseball semblable à celui que transportait le voleur le plus grand au cours de l'introduction par effraction a été saisi à l'appartement de Rawlinson.

5. Des vêtements semblables à certains que portaient les voleurs au cours de l'introduction par effraction ont été trouvés à l'appartement de Rawlinson.

6. Plusieurs policiers ont visionné la bande vidéo, dont le sergent Cessford. Celui-ci connaissait l'accusé Leaney depuis 15 ou 16 ans et a été en mesure de l'identifier comme étant le voleur le plus grand sur la bande vidéo à partir de sa mâchoire, de sa démarche, de son dos et de ses mouvements en général.

Comme mes collègues l'ont souligné dans leurs motifs, le pourvoi devant cette Cour ne porte que

the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The relevant portions of s. 613 read:

613. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(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 ...

(b) may dismiss an 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;

A "substantial wrong or miscarriage of justice" sufficient to preclude the invocation of s. 613(1)(b)(iii) has been held to include a situation in which the trial judge's error of law creates an appearance of unfairness: see *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1982] 2 S.C.R. x, and *R. v. Duke* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 313 (C.A.)

In my opinion the trial judge erred in admitting the opinion evidence of at least four of the police officers. Opinion evidence is not admissible when the witness offering the opinion is in no better position than the trier of fact to assess the situation under scrutiny: see *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, at p. 836. The Crown submits that the outcome of the trial was unaffected by the admission of this evidence since the trial judge stated that he arrived at his conclusion independently of the impugned testimony. I do not, of course, question the sincerity of the trial judge's statement. However, it cannot be determined objectively what effect, if any, the admission of the impugned evidence had on how the trial judge reached his opinion. This being so, the appearance of unfairness can exist even although it cannot be

sur l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Voici le texte des parties pertinentes de l'art. 613:

613. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

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

b) peut rejeter l'appel, si

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

Un «tort important ou [une] [...] erreur judiciaire grave» suffisants pour empêcher le recours au sous-al. 613(1)(b)(iii) comprennent, a-t-on statué, la situation où l'erreur de droit du juge du procès crée une apparence d'injustice: voir *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1982] 2 R.C.S. x, et *R. v. Duke* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 313 (C.A.)

À mon avis le juge du procès a commis une erreur en admettant le témoignage d'opinion d'au moins quatre des policiers. Le témoignage d'opinion n'est pas admissible lorsque le témoin qui donne l'opinion n'est pas mieux placé que le juge des faits pour apprécier la situation à l'étude: voir *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, à la p. 836. Le ministère public prétend que l'admission de ces témoignages n'a rien changé à l'issue du procès puisque le juge du procès a dit être arrivé à sa conclusion sans tenir compte des témoignages attaqués. Je ne doute évidemment pas de la sincérité de l'affirmation du juge du procès. Cependant, il est impossible de déterminer objectivement quel effet, s'il en est, l'admission des témoignages attaqués a eu sur la façon dont le juge du procès est arrivé à sa conclusion. Cela étant, il peut y avoir

shown that the admission of the evidence in fact influenced the trial judge. I believe that Harradence J.A. in the Court of Appeal below was correct in drawing a parallel between the situation in the present case and one in which a witness is asked to view a line-up already knowing whom the police suspect. He stated at p. 376:

In a situation such as this, the trier of fact becomes, in effect, an eyewitness to the crime. When called upon to determine whether the person in the video is actually the accused, the trier of fact must do so in circumstances that are not prejudicial. Just as there is an element of unfairness when an eyewitness knows before making an identification in a lineup who the police suspect, so too the identification made by a trial judge will appear to be unfair if he already knows the opinion of the police with respect to identity. That is what happened in the present case. Even if the trial judge came to his conclusion without the aid of the police officers' evidence, the circumstances under which the identification was made had the appearance of unfairness.

The appearance of unfairness would have been dispelled had the trial judge considered the evidence of the police officers and explicitly discounted it. The trier of fact in a criminal case, be it judge or jury, frequently hears evidence which is not admissible or which is subsequently excluded or evidence which is admissible for one purpose and not for another. In such circumstances the trier of fact is explicitly advised of the extent to which and for what purposes the evidence may be used. In such cases this admonition is sufficient to purge the trial of any appearance of unfairness. However, the trial judge in this case not only did not expressly reject the evidence of the police officers but used it to buttress his own conclusions, conclusions made after he had heard the impugned testimony. Under the circumstances, I am of the opinion that the trial judge's admission and acceptance of the police officers' testimony created, at the very least, an appearance of unfairness.

It has been argued that the identification of Leaney by Sergeant Cessford should be treated

apparence d'injustice même s'il est impossible de démontrer que l'admission des témoignages a effectivement influencé le juge du procès. Je crois que le juge Harradence de la Cour d'appel a eu raison, en l'espèce, d'établir un parallèle entre la présente situation et celle où on demande à un témoin de participer à une séance d'identification alors qu'il sait déjà qui la police soupçonne. Voici ce qu'il affirme, à la p. 376:

[TRADUCTION] Dans une situation comme celle-ci, le juge des faits devient, en réalité, un témoin oculaire du crime. Lorsqu'on lui demande de dire si la personne apparaissant sur la bande vidéo est réellement l'accusé, le juge des faits doit le faire dans des circonstances qui ne sont pas préjudiciables. Tout comme il y a un élément d'injustice lorsqu'un témoin oculaire sait qui la police soupçonne avant de participer à une séance d'identification, de même, l'identification faite par un juge du procès paraîtra injuste s'il connaît déjà l'opinion des policiers relativement à l'identité. C'est ce qui s'est produit en l'espèce. Même si le juge du procès est arrivé à sa conclusion sans l'aide du témoignage des policiers, les circonstances dans lesquelles l'identification a été faite présentaient une apparence d'injustice.

L'apparence d'injustice aurait été dissipée si le juge du procès avait examiné le témoignage des policiers et l'avait explicitement écarté. Le juge des faits dans une affaire criminelle, que ce soit un juge ou un jury, entend souvent des témoignages qui ne sont pas admissibles ou qui sont par la suite exclus, ou des témoignages qui sont admissibles à une fin et non à une autre. Dans ces circonstances, on explique formellement au juge des faits la mesure dans laquelle et les fins pour lesquelles le témoignage peut être utilisé. La mise en garde est alors suffisante pour faire disparaître toute apparence d'injustice dont peut être entaché le procès. Cependant, non seulement le juge du procès en l'espèce n'a-t-il pas expressément rejeté le témoignage des policiers, mais il l'a utilisé pour étayer ses propres conclusions, conclusions qu'il a tirées après avoir entendu les témoignages attaqués. Dans ces circonstances, je suis d'avis que l'admission et l'acceptation du témoignage des policiers par le juge du procès ont créé, à tout le moins, une apparence d'injustice.

On a allégué que l'identification de Leaney par le sergent Cessford devrait être traitée différem-

differently from the identification by the other officers since Cessford had previous contact with Leaney. This may well be true. However, a *voir dire* ought to have been held by the trial judge to determine whether Cessford's knowledge was such that his opinion ought to have been admitted. In other words, would Cessford's knowledge have provided the trial judge with vital information which he would not otherwise have had? Even if I were to assume that Sergeant Cessford's testimony would have been ruled admissible had a *voir dire* been held, I find that Cessford's identification evidence cannot be separated from that of the other police officers. The effect of the identification evidence of the other police officers was to create an appearance of unfairness. This overall appearance cannot be dispelled by the fact that Cessford's evidence may have been admissible.

As a consequence, unless there is some way in which this appearance of unfairness can be dispelled, I do not think this Court can apply the proviso in s. 613(1)(b)(iii). It is my view that the appearance of unfairness could only be dispelled if no reliance were placed on the trial judge's reasons regarding the identification of the man in the videotape. The question then becomes whether there is sufficient evidence apart from the identification of Leaney through the videotape to compel the conclusion that the result reached by the trial judge was the only possible result. In considering this question I turn to the factors listed and relied upon by the majority of the Court of Appeal. In my opinion, these factors standing by themselves are wholly inadequate to allow for the application of s. 613(1)(b)(iii). The first factor listed, that Rawlinson and Leaney had met the previous day, is inaccurate in that, as Lamer J. points out, it was never established at trial that Leaney and Rawlinson met that day. All that was established at trial was that Leaney was present at Rawlinson's apartment and had met with an unidentified person. Rawlinson's apartment had the reputation of being "a shooting gallery", a place where numerous individuals met to traffic in and consume drugs. It is entirely conceivable that Leaney met someone other than Rawlinson the day before the break-in. As for factors two to five, none of them reveal any connection to Leaney. Factor six re-introduces the

ment de l'identification par les autres policiers puisque Cessford connaissait déjà Leaney. Cela peut bien être exact. Cependant, le juge du procès aurait dû tenir un *voir-dire* pour déterminer si la connaissance de Cessford était telle que son opinion aurait dû être admise. En d'autres termes, la connaissance de Cessford aurait-elle fourni au juge du procès des renseignements essentiels dont celui-ci n'aurait pas disposé par ailleurs? Même si je devais tenir pour acquis que le témoignage d'identification du sergent Cessford aurait été déclaré admissible s'il y avait eu un *voir-dire*, je conclus que ce témoignage ne peut pas être séparé de celui des autres policiers. Le témoignage d'identification des autres policiers a eu pour effet de créer une apparence d'injustice. Cette apparence générale ne peut pas être dissipée par le fait que le témoignage de Cessford ait pu être admissible.

En conséquence, à moins que cette apparence d'injustice ne puisse être dissipée de quelque façon, je ne crois pas que cette Cour puisse appliquer la réserve du sous-al. 613(1)b(iii). À mon avis, l'apparence d'injustice ne pourrait être dissipée que si on ne se fondait pas du tout sur les motifs du juge du procès concernant l'identification de l'homme sur la bande vidéo. On doit alors se demander s'il y a suffisamment d'éléments de preuve, outre l'identification de Leaney au moyen de la bande vidéo, pour entraîner nécessairement la conclusion que le résultat auquel est arrivé le juge du procès était le seul possible. Pour étudier cette question, j'examine les facteurs que la Cour d'appel à la majorité a énumérés et invoqués. À mon avis, ces facteurs sont tout à fait insuffisants en soi pour permettre l'application du sous-al. 613(1)b(iii). Le premier facteur énuméré, savoir que Rawlinson et Leaney se sont rencontrés la veille, est inexact en ce que, comme le souligne le juge Lamer, il n'a jamais été établi au procès que Leaney et Rawlinson se sont rencontrés ce jour-là. Tout ce qu'on a établi au procès est que Leaney se trouvait à l'appartement de Rawlinson et qu'il y avait rencontré une personne non identifiée. L'appartement de Rawlinson avait la réputation d'être une «piquerie», un endroit où plusieurs individus se rencontraient pour acheter, vendre et consommer de la drogue. Il est tout à fait concevable que Leaney ait rencontré quelqu'un d'autre que Rawlinson la veille de l'intro-

issue of identification of Leaney by the police officers, an issue which I have already concluded created an appearance of unfairness.

Since the admissible evidence against Leaney is inadequate to compel the conclusion that a properly instructed trier of fact would necessarily have convicted him of the break and enter charge, I am unwilling to apply s. 613(1)(b)(iii). In the result, therefore, I would, along with Lamer J., order a new trial for Rawlinson and Leaney in respect of their robbery and firearms charges. Additionally, however, I would order a new trial for Leaney in respect of his break and enter charge.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—

Introduction

Rawlinson and Leaney appeal from their convictions of offences related to a robbery of one drugstore and a break-in of another drugstore, both in North Edmonton, over the course of the night of February 4-5, 1985. The main issue at trial and on appeal concerned the identity of the robbers and of the thieves. The evidence respecting identity took the form of eye-witness testimony about the robbery, some circumstantial evidence tending to connect the accused with the two crimes, and a videotape of the break-in, supplemented by the opinion evidence of five police officers as to the identity of the two thieves depicted therein.

I am satisfied that two fundamental errors occurred at trial. The first was that the trial judge treated evidence of the second incident, the break-in, as similar fact evidence going to the identifica-

duction par infraction. Quant aux quatre facteurs suivants, aucun d'eux ne révèle l'existence de quelque lien que ce soit avec Leaney. Le sixième facteur ramène la question de l'identification de

a Leaney par les policiers, qui, ai-je déjà conclu, crée une apparence d'injustice.

Puisque la preuve admissible contre Leaney est insuffisante pour entraîner nécessairement la conclusion qu'un juge des faits, bien instruit du droit, l'aurait forcément reconnu coupable d'introduction par effraction, je ne suis pas disposée à appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii). En conséquence, je suis d'avis, à l'instar du juge Lamer, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour Rawlinson et Leaney relativement aux accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu portées contre eux. En outre, cependant, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour Leaney relativement à l'accusation d'introduction par effraction portée contre lui.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—

Introduction

f Rawlinson et Leaney se pourvoient contre leurs déclarations de culpabilité relativement à des infractions de vol qualifié commis dans une pharmacie et d'introduction par effraction dans une g autre pharmacie toutes les deux situées dans le nord d'Edmonton, au cours de la nuit du 4 au 5 février 1985. La principale question en litige soulevée au procès et en appel concerne l'identité des auteurs du vol qualifié et de l'introduction par h effraction. La preuve d'identification est constituée de dépositions de témoins oculaires du vol qualifié, de certains éléments de preuve circonstancielle qui tendent à lier les accusés aux deux crimes et d'un i enregistrement sur bande vidéo de l'introduction par effraction auquel se greffent les témoignages d'opinion de cinq agents de police relativement à l'identité des deux voleurs qui y apparaissent.

j Je suis convaincue que deux erreurs fondamentales ont été commises au procès. La première réside dans le fait que le juge du procès a considéré la preuve du second incident, l'introduction par

tion of the accused on the charges arising out of the first incident, the robbery.

The second error was the admission of the evidence of the police officers as to the identity of the persons shown on the videotape. Four of the officers had no acquaintance with the accused and were in no better position than the trial judge to say whether the persons shown in the video were the accused. Thus their evidence could not assist and should not have been received. The fifth, Sergeant Cessford, knew one of the accused, Leaney, since childhood, and had spent time with him shortly before the two incidents. The judge erred in not determining as a preliminary matter the qualification of Sergeant Cessford before receiving his evidence, as well as that of the other police officers. However, this failure is irrelevant in the case of Cessford, since I am satisfied his evidence was clearly admissible in any event. I note in this regard that Cessford was cross-examined thoroughly as to his acquaintance with Leaney.

Error being established, the only question is whether the Court of Appeal erred in upholding the conviction under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Subsection 613(1) provides in part:

613. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(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 ...

(b) may dismiss the appeal where

effraction, comme une preuve de faits similaires qui touche à l'identification des accusés relativement aux accusations découlant du premier incident, le vol qualifié.

a La seconde erreur réside dans l'admission des témoignages des agents de police relativement à l'identité des personnes qui apparaissent sur la bande vidéo. Quatre de ces agents de police ne b connaissaient pas les accusés et n'étaient pas mieux placés que le juge du procès pour déterminer si les personnes apparaissant sur la bande vidéo étaient les accusés. Leurs dépositions ne pouvaient être utiles et n'auraient pas dû être reçues. Le c cinquième agent, le sergent Cessford, connaissait l'un des accusés, soit Leaney, depuis son enfance et l'avait rencontré peu avant les deux incidents. Le juge a commis une erreur en ne statuant pas, à d titre préliminaire, sur l'habilité à témoigner du sergent Cessford avant de recevoir sa déposition et celle des autres agents de police. Cependant, cette omission est sans conséquence pour ce qui est de Cessford puisque je suis convaincue que sa déposition était nettement recevable de toute façon. Je e souligne que le sergent Cessford a subi un contre-interrogatoire poussé sur sa connaissance de Leaney.

f Des erreurs ayant été constatées, il reste seulement à savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en confirmant les déclarations de culpabilité en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Le paragraphe g 613(1) prévoit notamment:

613. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

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

j b) peut rejeter l'appel, si

(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;

a

(iii) bien que la cour estime que, pour tout 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;

The Case Against Leaney

The main identification evidence against Leaney on the charges arising out the second incident, which I shall refer to as the break-in incident, was the evidence of the videotape and the testimony of the police officers concerning the identity of the thieves captured on the videotape.

The trial judge viewed the videotape several times and had ample opportunity during the course of the sixteen-day trial to form an opinion as to whether the persons shown on the tape were the accused. The tape contained several face shots of each accused. At the end of the trial, the trial judge stated that he had formed the firm conclusion that the persons shown on the videotape were the accused. His pronouncements make it clear that this opinion was formed independently of the evidence of any of the police officers on the question. He stated:

c

Le juge du procès a visionné la bande vidéo plusieurs fois et a eu tout le loisir, pendant les seize jours que le procès a duré, de se former une opinion quant à savoir si les personnes apparaissant sur la bande étaient les accusés. La bande montrait de face, à plusieurs reprises, chacun des accusés. À la fin du procès, le juge a affirmé qu'il avait conclu sans hésitation que les personnes apparaissant sur la bande vidéo étaient les accusés. Ses propos indiquent clairement qu'il s'est formé cette opinion indépendamment des dépositions des agents de police sur le sujet. Il dit:

d

[TRANSDUCTION] Les deux auteurs des infractions se sont trouvés dans le champ de la caméra. Encore là, l'éclairage était bon ainsi que la mise au point; je n'ai pu constater de distorsion quelconque de l'image. Le moins grand des deux hommes apparaît comme un blanc, qui porte une tuque haut sur la tête, une veste et des pantalons en jean et qui transporte un bâton de baseball. Il y a plusieurs prises claires de cette personne et, après avoir observé Hugh Rawlinson dans la salle d'audience pendant 16 jours, j'affirme sans hésitation que l'homme qu'on voit sur la bande vidéo et Hugh Rawlinson qui se trouve dans la salle d'audience, sont une seule et même personne.

f

g

h

i

j

The two persons responsible for the commission of the offence came into the range of the camera. Again, the lighting was good, focus was good but I could see no distortion of the picture whatsoever. The two men can be described as the shorter of the two, male Caucasian, wearing a toque high on his head, jean jacket, pants, carrying a baseball bat. There are several good views of this person, and having observed Hugh Rawlinson in the courtroom over a period of 16 days, I have no difficulty in saying without hesitation that they, the man in the video, and Hugh Rawlinson, in the courtroom, are one and the same.

The taller of the two, second person; on the video, he appears dark, long hair, Metis or Native appearance, very tall, much taller than Rawlinson and there's a perfect example when they are standing back to back when the hips of the taller man are almost to the height of the shoulders of Rawlinson, much taller man. Wearing a peaked cap of a baseball type which subsequently shows in the video a tree on the right-hand side of the indicator on the front of the cap which is similar to a cap seized by the police and was an exhibit. He's wearing a down-filled type ski jacket, jeans with jacket,

La preuve contre Leaney

La principale preuve d'identification présentée contre Leaney relativement aux accusations découlant du second incident, que j'appellerai l'introduction par effraction, est constituée de la bande vidéo et des dépositions des agents de police au sujet de l'identité des voleurs dont l'image a été captée sur la bande vidéo.

Le juge du procès a visionné la bande vidéo plusieurs fois et a eu tout le loisir, pendant les seize jours que le procès a duré, de se former une opinion quant à savoir si les personnes apparaissant sur la bande étaient les accusés. La bande montrait de face, à plusieurs reprises, chacun des accusés. À la fin du procès, le juge a affirmé qu'il avait conclu sans hésitation que les personnes apparaissant sur la bande vidéo étaient les accusés. Ses propos indiquent clairement qu'il s'est formé cette opinion indépendamment des dépositions des agents de police sur le sujet. Il dit:

[TRANSDUCTION] Les deux auteurs des infractions se sont trouvés dans le champ de la caméra. Encore là, l'éclairage était bon ainsi que la mise au point; je n'ai pu constater de distorsion quelconque de l'image. Le moins grand des deux hommes apparaît comme un blanc, qui porte une tuque haut sur la tête, une veste et des pantalons en jean et qui transporte un bâton de baseball. Il y a plusieurs prises claires de cette personne et, après avoir observé Hugh Rawlinson dans la salle d'audience pendant 16 jours, j'affirme sans hésitation que l'homme qu'on voit sur la bande vidéo et Hugh Rawlinson qui se trouve dans la salle d'audience, sont une seule et même personne.

Le plus grand des deux hommes sur la bande vidéo paraît avoir le teint foncé, les cheveux longs, comme un métis ou un autochtone, et il semble très grand, beaucoup plus grand que Rawlinson, ce qui ressort particulièrement bien quand ils apparaissent dos à dos, alors que les hanches de la personne plus grande arrivent presque à la hauteur des épaules de Rawlinson; il est donc beaucoup plus grand. Il porte une coiffure garnie d'une visière du genre casquette de baseball qui, on le voit par la suite, porte un arbre à la droite de l'insigne en avant et qui est semblable à la casquette saisie par la police et

appearing above the waist, a comb, round shaped tail, in the right rear pocket. These are not as good—there is not as good a view of this face of this person, but again having had the opportunity to view the video and the accused, Frank Leaney in the court over 16 days, I have no difficulty in saying without hesitation that they are one and the same; the man in the video is Frank Leaney.

Having reached this conclusion myself, I have no trouble in accepting the evidence of the police officers with their different knowledge of the two accused persons and how they in their own way were able to identify the two accused from the video.

Given the trial judge's clear statement that he arrived at his conclusion as to identity independently of the evidence of the police officers, their evidence assumes the character of mere surplusage, which does not vitiate the judge's conclusion that Leaney was one of persons shown on the video screen. To put it another way, the judge, properly instructing himself, concluded beyond a reasonable doubt that Leaney participated in the break-in. The fact that the judge had before him inadmissible evidence does not impair that independent conclusion, if he did not rely on the inadmissible evidence in reaching it.

It was also argued that quite apart from whether Leaney suffered actual prejudice as a result of the reception of the inadmissible evidence, its admission, and particularly the admission of the evidence of the four police officers who testified as to the identity of the persons shown on the video despite no familiarity of the accused, created an appearance of unfairness which amounted to a miscarriage of justice, making s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* inapplicable: see *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400 (Ont. C.A.), per Martin J.A. I cannot accept this submission. There is no appearance of unfairness where the judge expressly arrives at his or her conclusion on the critical issue independently of the inadmissible evidence. Judges often hear evidence which turns out to be inadmissible, for example on *voir dire*s.

produite comme pièce à conviction. Il porte un veston rembourré du genre veston de ski, des jeans et un veston qui paraît au dessus de la taille; on voit un peigne à manche arrondi dans la poche arrière droite. Les prises ne sont pas aussi bonnes—il n'y a pas d'image aussi bonne du visage de cette personne, mais, là encore, ayant eu l'occasion d'observer le vidéo et l'accusé Frank Leaney dans la salle d'audience pendant 16 jours, je n'hésite nullement à dire que ce sont une seule et même personne; la personne qui apparaît sur la bande vidéo est Frank Leaney.

Étant moi-même arrivé à cette conclusion, je n'ai aucune difficulté à accepter les dépositions des agents de police au sujet de la connaissance différente qu'ils ont des deux accusés et de la manière dont ils ont pu identifier les deux accusés au moyen de l'enregistrement vidéo.

En raison de l'affirmation catégorique du juge du procès qu'il est arrivé à sa conclusion sur l'identité indépendamment des dépositions des agents de police, leurs dépositions ont un caractère purement superfétatoire qui n'infirmes pas la conclusion du juge que Leaney est l'une des personnes apparaissant à l'écran. Autrement dit, le juge par un raisonnement juste a conclu, hors de tout doute raisonnable, que Leaney avait participé à l'introduction par effraction. Le fait que le juge ait pris connaissance d'éléments de preuve inadmissibles n'invalide pas cette conclusion indépendante, s'il ne s'est pas fié à cette preuve inadmissible pour y parvenir.

On a aussi soutenu que, tout à fait indépendamment de la question de savoir si Leaney a subi un préjudice réel par suite de la réception de la preuve inadmissible, cette preuve, son admission et plus particulièrement l'admission des dépositions des quatre agents de police qui ont témoigné relativement à l'identité des personnes apparaissant sur la bande vidéo, même s'ils ne connaissaient pas les accusés, a créé une apparence d'injustice qui équivaut à une erreur judiciaire grave ayant pour effet de rendre le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* inapplicable: voir *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400 (C.A. Ont.), le juge Martin. Je ne puis faire droit à cette prétention. Il n'y a pas d'apparence d'injustice si le juge arrive expressément à sa conclusion sur une question cruciale indépendamment des témoignages qui se révèlent

So long as the judge does not consider such evidence in arriving at his or her independent conclusion, no unfairness can be said to arise, nor has there been a miscarriage of justice.

I conclude that the Court of Appeal did not err in concluding that the conviction of Leaney on the counts relating to the break-in should stand under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, notwithstanding the reception of inadmissible evidence. The test set out in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739 is met: there is no possibility that a reasonable jury, properly instructed and acting judicially, could fail to convict on the admissible evidence presented on the break-in incident.

I turn next to the convictions relating to the first incident, which I shall refer to as the robbery. In arriving at his conclusions as to identity on these offences, the trial judge erroneously referred to his conclusions on the break-in incident, praying in aid the doctrine of similar fact evidence. The question is whether there was sufficient evidence without using the identification on the break-in incident to permit the conclusion that no jury, properly instructed, could have acquitted Leaney on the charges relating to the robbery.

I agree with Lamer J. that the evidence is such that a reasonable jury could acquit Leaney on the charges relating to the robbery, and that the Court of Appeal erred in applying s. 613(1)(b)(iii) to these charges.

The Case Against Rawlinson

Rawlinson does not appeal from his convictions arising out of the break-in incident. He appeals from his conviction for robbery and the associated firearms charge on the ground that the trial judge

inadmissibles. Il arrive souvent que les juges entendent des témoignages qui se révèlent inadmissibles par la suite comme, par exemple, lors d'un voir-dire. Dans la mesure où le juge ne considère pas ces éléments de preuve pour tirer sa propre conclusion, il ne peut y avoir ni injustice, ni erreur judiciaire grave.

Je conclus que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant que la déclaration de culpabilité de Leaney concernant les chefs d'accusation relatifs à l'introduction par effraction devait être confirmée en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, malgré la réception d'éléments de preuve inadmissibles. Le critère établi dans l'arrêt *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739 est respecté: il n'y a pas de possibilité qu'un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon judiciaire, ne conclue pas à la culpabilité compte tenu des éléments de preuve admissibles présentés relativement à l'introduction par effraction.

J'aborde maintenant les déclarations de culpabilité relatives au premier incident que j'appellerai le vol qualifié. Pour arriver à ses conclusions concernant l'identité des auteurs de ces infractions, le juge du procès s'est référé à tort à ses conclusions au sujet de l'introduction par effraction et s'est appuyé sur la théorie de la preuve de faits similaires. La question qui se pose est de savoir s'il y avait suffisamment d'éléments de preuve, indépendamment de l'identification relative à l'introduction par effraction, pour pouvoir conclure qu'aucun jury, ayant reçu des directives appropriées, aurait pu acquitter Leaney quant aux chefs d'accusation relatifs au vol qualifié.

Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire qu'il ressort de la preuve qu'un jury raisonnable aurait pu acquitter Leaney relativement aux accusations liées au vol qualifié et que la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant le sous-al. 613(1)(b)(iii) à ces accusations.

La preuve contre Rawlinson

Rawlinson ne se pourvoit pas contre ses déclarations de culpabilité découlant de l'introduction par effraction. Il se pourvoit contre sa déclaration de culpabilité de vol qualifié et de l'accusation inci-

erred in using the evidence on the break-in charges as similar fact evidence on the robbery charges. There is no doubt that the trial judge wrongly considered that evidence. The only question is whether the Court of Appeal was correct in upholding the conviction under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

The case against Rawlinson on the robbery charges, considered in the absence of the similar fact evidence from the break and enter charge, is impressive. It may be summarized as follows:

- (1) The boxes which were taken in the armed robbery were found just outside Rawlinson's apartment hours after the robbery, and he admitted to Lyseyko, a fellow inmate who testified for the prosecution at trial, that he had been involved in the placing of those boxes at that location.
- (2) Rawlinson tried to convince Lyseyko to take responsibility for the involvement alleged against him in relation to the robbery.
- (3) Some of the drugs were found in Rawlinson's anal cavity which were consistent with some of the drugs stolen during the robbery.
- (4) The weapon similar to the one described as being used in the robbery was turned over to the police as a result of a conversation with Rawlinson.
- (5) The description of one of the participants in the robbery matches the general description of Rawlinson.
- (6) The companion of the person matching Rawlinson's description in the robbery match the description of Leaney who was seen with Rawlinson on the videotape subsequent to the robbery.
- (7) Like Leaney, Rawlinson failed to testify in the face of this highly incriminating evidence.

dente de possession d'armes à feu pour le motif que le juge du procès a commis une erreur en utilisant la preuve relative aux accusations d'introduction par effraction comme preuve de faits similaires quant aux accusations de vol qualifié. Il n'y a pas de doute que le juge du procès a eu tort de considérer cette preuve. La seule question qui se pose est de savoir si la Cour d'appel a eu raison de confirmer la déclaration de culpabilité en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

La preuve présentée contre Rawlinson relativement aux accusations de vol qualifié, prise indépendamment de la preuve de faits similaires liée à l'accusation d'introduction par effraction, est considérable. On peut la résumer ainsi:

- (1) Les boîtes emportées lors du vol à main armée qualifié ont été trouvées tout près de l'appartement de Rawlinson quelques heures seulement après ce vol et il a avoué à Lyseyko, un compagnon de cellule que la poursuite a fait témoigner au procès, qu'il avait participé au transport des boîtes à cet endroit.
- (2) Rawlinson a tenté de convaincre Lyseyko d'assumer la responsabilité de la participation qu'on lui reprochait en rapport avec le vol qualifié.
- (3) On a trouvé, dans le rectum de Rawlinson, des stupéfiants qui correspondaient à certains qui avaient été subtilisés pendant le vol qualifié.
- (4) Une arme semblable à celle qui aurait servi à commettre le vol qualifié a été remise à la police à la suite d'une conversation avec Rawlinson.
- (5) La description de l'un des auteurs du vol qualifié correspond à la description générale de Rawlinson.
- (6) La description du comparse de Rawlinson lors du vol qualifié correspond à celle de Leaney qui apparaît avec Rawlinson sur l'enregistrement vidéo réalisé après le vol qualifié.
- (7) À l'instar de Leaney, Rawlinson n'a pas déposé pour contredire cette preuve très incriminante.

It is well-established that in considering whether a conviction may be upheld under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, the court may take into account the accused's failure to explain evidence which connects him with the crime: *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650, at p. 657.

I am of the view that a trial judge or jury, applying the law correctly to this evidence, could not possibly entertain a reasonable doubt as to the guilt of Rawlinson. The Court of Appeal was correct in concluding that no reasonable jury, properly instructed and acting judicially, could fail to convict Rawlinson on the admissible evidence presented at trial.

Conclusion

I would dismiss the appeals, save for Leaney's appeal on the robbery and firearms charges, which I would allow.

Appeal of Frank Earl Leaney from convictions for robbery and for use of firearms in the commission of an offence allowed.

Appeal of Frank Earl Leaney from the conviction for break and enter dismissed, WILSON J. dissenting.

Appeal of Henry Hugh Rawlinson dismissed, LAMER and WILSON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant Frank Earl Leaney: Molstad Gilbert, Edmonton.

Solicitors for the appellant Henry Hugh Rawlinson: Beresh & DePoe, Edmonton.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Il est bien reconnu que, pour déterminer s'il y a lieu de confirmer une déclaration de culpabilité en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, la cour peut prendre en considération l'omission de l'accusé d'expliquer les éléments de preuve qui le relie au crime: *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650, à la p. 657.

Je suis d'avis qu'un juge du procès ou un jury, qui appliquerait le droit correctement à cette preuve, ne pourrait pas éventuellement avoir de doute raisonnable quant à la culpabilité de Rawlinson. La Cour d'appel a eu raison de conclure qu'aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon judiciaire, n'aurait acquitté Rawlinson compte tenu des éléments de preuve admissibles présentés au procès.

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter les pourvois, sauf en ce qui concerne le pourvoi de Leaney relativement aux accusations de vol qualifié et de possession d'armes à feu que j'accueillerais.

Pourvoi de Frank Earl Leaney contre les déclarations de culpabilité de vol qualifié et d'usage d'armes à feu lors de la perpétration d'une infraction accueilli.

Pourvoi de Frank Earl Leaney contre la déclaration de culpabilité d'introduction par effraction rejeté, le juge WILSON est dissidente.

Pourvoi de Henry Hugh Rawlinson rejeté, les juges LAMER et WILSON sont dissidents.

Procureurs de l'appelant Frank Earl Leaney: Molstad Gilbert, Edmonton.

Procureurs de l'appelant Henry Hugh Rawlinson: Beresh & DePoe, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.