

James Dennis Sweitzer (*Accused/Appellant*)
Appellant;

and

The Queen (*Respondent*) *Respondent.*

File No.: 16277.

1982: February 8; 1982: June 23.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Whether or not evidence from those episodes without a direct connection to accused should be admitted.

This appeal raised the question of the admissibility of evidence of “similar facts” involving an accused, tendered in proof of the allegations in the indictment upon which he was tried.

Held: The appeal should be allowed.

The admission of similar fact evidence should be confined to cases where there is some evidentiary link, direct or circumstantial, with the accused. It was casting the net too widely to admit evidence of the eleven episodes not shown to be connected with the accused because of the similarity with the incidents for which there was a testimonial connection with the appellant.

Makin v. The Attorney-General for New South Wales, [1894] A.C. 57; *Boardman v. Director of Public Prosecutions*, [1974] 3 All E.R. 887; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694, applied; *R. v. Hurren*, [1962] Crim. L.R. 770; *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221, referred to.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1980), 26 A.R. 208, dismissing an appeal from conviction by Holmes J. Appeal allowed.

Brian E. Devlin, for the appellant.

Bruce Duncan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J. — This appeal raises the question of the admissibility of evidence of “similar facts”

James Dennis Sweitzer (*Accusé/Appellant*)
Appellant;

et

La Reine (*Intimée*) *Intimée.*

N° du greffe: 16277.

1982: 8 février; 1982: 23 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

Preuve — Recevabilité — Preuve d'actes similaires — Recevabilité de la preuve quant aux incidents n'ayant pas de rapport direct avec l'accusé.

Le pourvoi soulève la question de la recevabilité de la preuve d'«actes similaires» mettant en cause un accusé et produite à l'appui des allégations contenues dans l'acte d'accusation sur lequel porte son procès.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Il y a lieu de limiter la recevabilité d'une preuve d'actes similaires aux cas où il existe des preuves, directes ou indirectes, qui établissent un lien avec l'accusé. C'est aller trop loin que de recevoir des preuves quant aux onze incidents à l'égard desquels on n'a pas démontré de lien avec l'accusé simplement en raison de la similitude de ces incidents avec ceux à l'égard desquels les témoignages ont établi un tel lien.

Jurisprudence: arrêts appliqués: *Makin v. The Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Boardman v. Director of Public Prosecutions*, [1974] 3 All E.R. 887; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694; arrêts mentionnés: *R. v. Hurren*, [1962] Crim. L.R. 770; *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1980), 26 A.R. 208, qui a rejeté l'appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Holmes. Pourvoi accueilli.

Brian E. Devlin, pour l'appellant.

Bruce Duncan, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi soulève la question de la recevabilité de la preuve d'«actes

involving an accused, tendered in proof of the allegations in the indictment upon which he is tried.

Between April 11, 1974 and October 19, 1978, an interval of about four and a half years, the police investigated a series of fifteen sexual attacks which took place in Calgary against various women. On October 18, 1978 the appellant was apprehended in a woman's apartment at about 5:50 a.m. She had been alone and was awakened by the appellant's entry into her apartment. She raised an alarm and after a brief struggle the police arrived and arrested him. In January of 1979 a preliminary hearing was held and as a result the appellant was committed for trial upon fifteen charges, one arising out of each of the fifteen assaults. The indictment which was drawn for presentment at trial contained fifteen counts which included charges of rape, indecent assault, and breaking and entry with intent to commit an indictable offence. Prior to trial a motion was made to Moshansky J. by the appellant which led to an order severing the various counts. The Crown then elected to proceed on count one which provided:

That he, at Calgary, in the Judicial District of Calgary, Alberta, on or about the 12th day of April, A.D. 1974, being a male person, did unlawfully have sexual intercourse with Gail Margaret Page nee Bennie, a female person who was not his wife, without her consent, thereby committing rape, contrary to the Criminal Code.

At the commencement of the trial, because the Crown wished to adduce in evidence the particulars and circumstances of the fourteen other offences referred to in the indictment, the jury was excused and a *voir dire* was held to determine whether evidence of the other assaults and attempts was properly admissible as evidence of similar facts. The entire evidence in the trial was led on the *voir dire*, including all the evidence the Crown tendered relating to the other fourteen episodes. All the evidence so adduced was found by the trial judge to be admissible and thereafter the jury was recalled and it was repeated in their presence.

similaires» mettant en cause un accusé, produite à l'appui des allégations contenues dans l'acte d'accusation sur lequel porte son procès.

Entre le 11 avril 1974 et le 19 octobre 1978, soit une période d'environ quatre ans et demi, la police a enquêté sur une série de quinze attentats sexuels dont des femmes avaient été victimes à Calgary. Le 18 octobre 1978, l'appelant a été arrêté dans l'appartement d'une femme vers 5 h 50. Celle-ci était seule dans l'appartement et s'est réveillée lorsque l'appelant s'est introduit dans l'appartement. Elle a donné l'alarme et s'est débattue brièvement avec l'appelant avant que la police n'arrive et ne l'arrête. A l'issue d'une enquête préliminaire tenue en janvier 1979, l'appelant a été renvoyé pour subir son procès relativement à quinze chefs d'accusation, un pour chacun des quinze attentats. L'acte d'accusation dressé en vue du procès contenait quinze chefs qui comprenaient des accusations de viol, d'attentat à la pudeur et d'introduction par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel. Avant le procès, l'appelant a présenté au juge Moshansky une requête en séparation des différents chefs d'accusation et une ordonnance en ce sens a été rendue. Le ministère public a alors choisi de faire porter le procès sur le premier chef d'accusation que voici:

[TRADUCTION] D'avoir lui-même, une personne du sexe masculin, à Calgary, dans le district judiciaire de Calgary (Alberta), vers le 12 avril 1974, illégalement eu des relations sexuelles avec Gail Margaret Page, née Bennie, sans le consentement de cette personne du sexe féminin qui n'était pas son épouse, et d'avoir ainsi commis un viol contrairement au *Code criminel*.

Au début du procès, parce que le ministère public voulait présenter comme preuve les détails et les circonstances des quatorze autres infractions mentionnées dans l'acte d'accusation, on a tenu un voir dire hors la présence du jury pour déterminer si les éléments de preuve relatifs aux autres attentats étaient régulièrement recevables comme preuve d'actes similaires. Toute la preuve relative au procès, y compris la totalité de la preuve du ministère public concernant les quatorze autres incidents, a été présentée au cours du voir dire. Le juge du procès ayant conclu à la recevabilité de la preuve ainsi présentée, le jury a été rappelé et tout a été repris en sa présence.

The evidence led in respect of the offence referred to in count 1 established that the complainant Page was awakened early in the morning of April 12, 1974 in her apartment by a voice which told her not to scream or cry out or she and her infant daughter would be hurt. She felt an arm over her head and something sharp at her back. She was taken out of bed, her hands were held behind her back, and she was pushed into the bathroom where the assailant forced her to have intercourse with him. She was blindfolded with a towel in the bathroom and then taken to the living room where she was put upon the floor and an attempt was made at anal penetration and an attempt made to force her to perform fellatio upon the intruder. Her assailant left her after about an hour. She was unable to identify him and could give no evidence upon which an identification could be based. It is evident that her evidence, if believed, would have justified a conviction of rape save for the fact that there was nothing in it from which the appellant could be identified as the attacker. The Crown was thus compelled in order to remedy this deficiency to rely on the evidence of the other episodes and the evidence of a detective Ogg who on one occasion saw a man whom he identified as the accused looking in a window at the rear of a motel at which certain of these events had occurred.

The allegedly similar facts fall for the purpose of this discussion into two groups. Firstly, there are those forming the basis of counts 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 and 14. In these eleven episodes there is no evidence of identification of the appellant save for the alleged similarity in the conduct of the assailant to the conduct attributed to the appellant in the four episodes referred to hereafter. The second group comprises allegations in counts 3, 11 and 15 and the evidence of Detective Ogg. In these four episodes there is some direct evidence of the identification of the appellant as the assailant. In counts 3 and 11 the victims of the assault swore to his identity, in count 15 he was apprehended by the police at the scene, and Detective Ogg swore he was the man seen to be peering in a window at the rear of a motel who fled when the police came

Il se dégage de la preuve présentée relativement à l'infraction visée par le premier chef d'accusation que, tôt le matin du 12 avril 1974, la plaignante Page a été réveillée dans son appartement par une voix qui lui disait de ne pas hurler ou crier sinon elle-même et sa fillette recevraient des blessures. Elle a senti un bras sur sa tête et un objet pointu dans son dos. L'agresseur l'a tirée du lit et, lui tenant les mains derrière le dos, l'a poussée jusque dans la salle de bains où il l'a forcée à avoir des relations sexuelles avec lui. Toujours dans la salle de bains, l'agresseur lui a bandé les yeux avec une serviette puis l'a emmenée au salon où il l'a couchée sur le sol et a fait une tentative de pénétration anale. Il a en outre essayé de la forcer à pratiquer sur lui la fellation. Après environ une heure l'agresseur est parti. La victime a été incapable de l'identifier ni n'a pu rendre de témoignage sur lequel pouvait se fonder une identification. Il est évident que son témoignage, si l'on y ajoutait foi, aurait justifié une déclaration de culpabilité de viol, sauf qu'il ne comportait aucun élément permettant d'identifier l'appelant comme étant l'agresseur. Le ministère public se voyait donc dans l'obligation, pour combler cette lacune, d'invoquer les éléments de preuve relatifs aux autres incidents et le témoignage du détective Ogg qui, à une certaine occasion, a vu un homme, qu'il a identifié comme étant l'accusé, qui regardait par une fenêtre derrière un motel où certains de ces événements avaient eu lieu.

Les prétendus actes similaires peuvent se diviser, aux fins de la présente étude, en deux groupes. Il y a d'abord ceux sur lesquels se fondent les chefs d'accusation 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 et 14. Dans ces onze cas, il n'y a aucun élément de preuve d'identification de l'appelant, si ce n'est la similitude entre la conduite de l'agresseur et celle attribuée à l'appelant dans les quatre cas mentionnés ci-après. Le second groupe comprend les allégations contenues dans les chefs d'accusation 3, 11 et 15 ainsi que le témoignage du détective Ogg. Dans ces quatre cas, il existe des éléments de preuve directs qui permettent d'identifier l'appelant comme étant l'agresseur. Dans les cas visés par les chefs d'accusation 3 et 11, les victimes de l'attentat ont identifié l'appelant sous serment, tandis que dans le cas visé par le chef 15, la police

upon him. Detective Ogg's observations were made on an occasion separate in time from any of the attacks forming the subject of any of the counts. It is the admission of all of this evidence which was approved in the Court of Appeal that forms the basis of this appeal.

The question of the admissibility of similar fact evidence has been the subject of much legal writing to be found in the decided cases and textbooks and in the academic articles and commentaries. The general principle stated by Lord Herschell in *Makin v. The Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, at p. 65, has been largely accepted as the basis for the admission of this evidence. He said:

In their Lordships' opinion the principles which must govern the decision of the case are clear, though the application of them is by no means free from difficulty. It is undoubtedly not competent for the prosecution to adduce evidence tending to shew that the accused has been guilty of criminal acts other than those covered by the indictment, for the purpose of leading to the conclusion that the accused is a person likely from his criminal conduct or character to have committed the offence for which he is being tried. On the other hand, the mere fact that the evidence adduced tends to shew the commission of other crimes does not render it inadmissible if it be relevant to an issue before the jury, and it may be so relevant if it bears upon the question whether the acts alleged to constitute the crime charged in the indictment were designed or accidental, or to rebut a defence which would otherwise be open to the accused. The statement of these general principles is easy, but it is obvious that it may often be very difficult to draw the line and to decide whether a particular piece of evidence is on the one side or the other.

Over the years in seeking to apply this principle judges have tended to create a list of categories or types of cases in which similar fact evidence could be admitted, generally by reference to the purpose for which the evidence was adduced. Evidence of similar facts has been adduced to prove intent, to prove a system, to prove a plan, to show malice, to

l'a arrêté sur les lieux du crime et le détective Ogg a témoigné sous serment que c'était bien l'appelant qu'il avait vu regarder par une fenêtre derrière un motel et qui avait pris la fuite lorsque la police l'avait surpris. Les observations du détective Ogg sont survenues à un moment distinct de la perpétration des différents attentats visés par les chefs d'accusation. C'est l'acceptation de toute cette preuve, approuvée par la Cour d'appel, qui est à l'origine du présent pourvoi.

Dans la jurisprudence et la doctrine, dans les articles spécialisés et dans les commentaires, on a beaucoup écrit sur la question de la recevabilité de la preuve d'actes similaires. Le principe général énoncé par lord Herschell dans l'arrêt *Makin v. The Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, à la p. 65, a été largement accepté comme le fondement de la recevabilité de cette preuve. Lord Herschell affirme:

[TRANSLATION] Leurs Seigneuries estiment que les principes qui doivent régir la décision en l'espèce sont clairs, même si leur application est loin d'être facile. Il ne fait pas de doute que la poursuite ne peut, aux fins d'obtenir la conclusion que l'accusé est, compte tenu de sa conduite criminelle ou de sa réputation, le genre de personne susceptible d'avoir commis le crime dont il est inculpé, apporter des preuves qui tendent à démontrer qu'il a déjà été reconnu coupable de crimes autres que ceux visés par l'acte d'accusation. D'autre part, le simple fait que la preuve apportée tend à démontrer la perpétration d'autres crimes, n'entraîne pas pour autant son irrecevabilité si elle porte sur une question dont le jury est saisi, ce qui peut être le cas si elle se rapporte à la question de savoir si les actes qui, à ce qu'on prétend, constituent le crime reproché dans l'acte d'accusation étaient intentionnels ou accidentels; ce peut également être le cas si cette preuve est présentée pour repousser un moyen de défense que l'accusé pourrait autrement invoquer. Il est facile d'énoncer ces principes généraux, mais il est évident qu'il peut souvent être très difficile de tracer la ligne de démarcation et de décider de quel côté se situe un élément de preuve en particulier.

Au cours des années, en cherchant à appliquer ce principe, les juges ont eu tendance à créer une liste de catégories ou de types de cas où la preuve d'actes similaires peut être recevable, en se référant généralement à l'objet de la preuve. La preuve d'actes similaires a été produite pour prouver l'intention, pour prouver l'existence d'un système ou

rebut the defence of accident or mistake, to prove identity, to rebut the defence of innocent association, and for other similar and related purposes. This list is not complete.

This approach has been useful because similar fact evidence by its nature is frequently adduced for its relevance to a single issue in the case under trial. It has however involved, in my opinion, a tendency to overlook the true basis upon which evidence of similar facts is admissible. The general principle described by Lord Herschell may and should be applied in all cases where similar fact evidence is tendered and its admissibility will depend upon the probative effect of the evidence balanced against the prejudice caused to the accused by its admission whatever the purpose of its admission. This approach finds support in *Boardman v. Director of Public Prosecutions*, [1974] 3 All E.R. 887 and is implicit in the words of Lord Herschell in the *Makin* case. It has also found approval in academic writings on the subject (see: "Similar Fact Evidence—Catchwords and Cartwheels" (1977), McGill L.J. 60, by Professor Sklar, and "Similar Facts after *Boardman*", (1975) 91 Law Q. Rev. 193, by L.H. Hoffmann, and see, as well, the commentary by Professor J.C. Smith on *R. v. Hurren*, [1962] Crim. L.R. 770.) I agree with the words of Lord Morris in *Boardman*, *supra*, where he said at p. 893:

In his speech in *Harris v Director of Public Prosecutions* Viscount Simon pointed out that it would be an error to attempt to draw up a closed list of the sorts of cases in which the principle operates. Just as a closed list need not be contemplated so also, where what is important is the application of principle, the use of labels or definitive descriptions cannot be either comprehensive or restrictive. While there may be many reasons why what is called 'similar fact' evidence is admissible there are some cases where words used by Hallett J. are apt. In *R. v Robinson* he said:

'If a jury are precluded by some rule of law from taking the view that something is a coincidence which is against all the probabilities if the accused person is innocent, then it would seem to be a doctrine of law which prevents a jury from using what looks like ordinary common sense.'

d'un dessein, pour démontrer la malice, pour repousser la défense d'accident ou d'erreur, pour prouver l'identité, pour repousser la défense de rapports innocents et à d'autres fins semblables et connexes. Cette liste n'est pas exhaustive.

Cette façon d'aborder le problème s'est révélée utile parce que la preuve d'actes similaires est, de par sa nature, souvent apportée en raison de sa pertinence relativement à une seule question de l'affaire en litige. J'estime toutefois qu'elle comporte une tendance à négliger le véritable fondement de la recevabilité de la preuve d'actes similaires. Le principe général énoncé par lord Herschell peut et doit être appliqué chaque fois qu'on présente une preuve d'actes similaires et la recevabilité de cette preuve sera fonction de sa valeur probante par rapport au préjudice causé à l'accusé par suite de son acceptation à quelque fin que ce soit. Ce dernier point de vue, qui se dégage implicitement des propos de lord Herschell dans l'arrêt *Makin*, trouve appui dans l'arrêt *Boardman v. Director of Public Prosecutions*, [1974] 3 All E.R. 887. De plus, il a été approuvé dans des écrits spécialisés sur ce sujet (voir: «Similar Fact Evidence—Catchwords and Cartwheels» (1977), McGill L.J. 60, par le professeur Sklar, et «Similar Facts after *Boardman*», (1975) 91 Law Q. Rev. 193, par L.H. Hoffmann, et voir aussi le commentaire du professeur J.C. Smith sur l'arrêt *R. v. Hurren*, [1962] Crim. L.R. 770). Je partage l'avis de lord Morris dans l'arrêt *Boardman*, précité, à la p. 893:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Harris v Director of Public Prosecutions*, le vicomte Simon a fait remarquer qu'on aurait tort d'essayer de fixer une liste des types de cas où le principe s'applique. Tout comme il est inutile d'envisager une liste fixe, le recours à des désignations ou à des descriptions définitives ne peut être ni compréhensif ni restrictif lorsqu'il s'agit d'abord et avant tout d'appliquer le principe. Bien qu'il puisse exister de nombreuses raisons qui justifient la recevabilité de ce qu'on appelle la preuve d'«actes similaires», il y a des cas où des propos du juge Hallett sont pertinents. Dans la décision *R. v Robinson* il a dit:

«S'il existe une règle de droit qui empêche un jury de conclure que tel fait est une coïncidence des plus invraisemblables, à supposer l'innocence de l'accusé, il semblerait s'agir là d'une doctrine juridique qui empêche un jury de faire preuve de ce qui semble être le simple bon sens.»

But as Viscount Simon pointed out in *Harris v Director of Public Prosecutions* evidence of other occurrences which merely tend to deepen suspicion does not go to prove guilt; so evidence of 'similar facts' should be excluded unless such evidence has a really material bearing on the issues to be decided. I think that it follows from this that, to be admissible, evidence must be related to something more than isolated instances of the same kind of offence.

The general principle enunciated in the *Makin* case by Lord Herschell, should be borne in mind in approaching this problem. The categories, while sometimes useful, remain only as illustrations of the application of that general rule.

Before evidence may be admitted as evidence of similar facts, there must be a link between the allegedly similar facts and the accused. In other words there must be some evidence upon which the trier of fact can make a proper finding that the similar facts to be relied upon were in fact the acts of the accused for it is clear that if they were not his own but those of another they have no relevance to the matters at issue under the indictment. If authority for this proposition be required, it may be found in *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694. Viscount Simon dealt with a case somewhat similar to the case at bar. He briefly summarized the facts at pp. 695 and 696, as follows:

The appellant was a member of the City of Bradford Police Force. He was tried at the Leeds Autumn Assizes in November, 1951, before Pearson J., on an indictment containing eight counts charging him with office-breaking and larceny on a series of dates in May, June and July, 1951, by breaking into and entering the premises of a company of fruit and vegetable merchants situated in an enclosed and extensive Bradford market and stealing therefrom various sums of money. In every case the money stolen was only a part of the amount that the thief, whoever he was, might have taken; in every case the same means of access was used; and in every case the theft occurred in a period during part of which the appellant was on duty in uniform in the course of patrolling the market, and apparently at an hour when

Mais, comme le vicomte Simon l'a fait remarquer dans l'arrêt *Harris v Director of Public Prosecutions*, la preuve d'autres incidents qui tendent simplement à accroître les soupçons ne sert pas à prouver la culpabilité; il convient donc d'exclure la preuve d'«actes similaires», à moins qu'elle n'ait un rapport vraiment important avec les questions à trancher. J'estime qu'il s'ensuit que, pour être recevable, la preuve doit se rapporter à quelque chose de plus que des cas isolés du même type d'infraction.

Lorsqu'on aborde ce problème, il convient d'avoir présent à l'esprit le principe général énoncé par lord Herschell dans l'arrêt *Makin*. Les catégories sont parfois utiles, mais il reste qu'elles ne constituent que des illustrations de l'application de cette règle générale.

Pour que des éléments de preuve soient reçus comme preuve d'actes similaires, il doit y avoir un lien entre les actes que l'on prétend similaires et l'accusé. En d'autres termes, il doit exister des éléments de preuve qui permettent au juge des faits de conclure à bon droit que les actes similaires que l'on veut invoquer sont effectivement les actes de l'accusé, car il est évident que, s'il ne s'agit pas de ses propres actes mais plutôt de ceux d'une autre personne, ceux-ci n'ont aucun rapport avec les questions soulevées par l'acte d'accusation. Dans la mesure où il peut être nécessaire de justifier cette thèse, on peut se référer à l'arrêt *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694, où le vicomte Simon a statué sur un cas quelque peu semblable à la présente espèce. Aux pages 695 et 696, il résume brièvement les faits de la façon suivante:

[TRADUCTION] L'appellant était membre du corps de police de la ville de Bradford. En novembre 1951, aux assises d'automne de Leeds, il a subi son procès devant le juge Pearson relativement à un acte d'accusation qui contenait huit chefs l'inculpant d'introduction par effraction et de vol, à une série de dates au cours des mois de mai, juin et juillet 1951; il se serait introduit par effraction dans les locaux d'une société de marchands de fruits et légumes, situés dans un grand marché clos de Bradford et y aurait volé diverses sommes d'argent. Dans chaque cas, l'argent volé ne représentait qu'une partie du montant que le voleur, qui qu'il fût, aurait pu voler; dans chaque cas, l'introduction s'est effectuée de la même façon; chaque fois, le vol a eu lieu au cours d'une période pendant une partie de laquelle l'appellant,

most of the gates to the market were closed to the general public. But, on the first seven of these occasions, there was no further evidence to associate the appellant specifically with the thefts.

A motion to sever the counts and proceed to trial separately on each count failed and evidence was adduced respecting all counts. The appellant was acquitted on the first seven but convicted on the eighth. The appeal was brought because, although the appellant had only been convicted on the eighth count, it was complained that no direction was given to the jury to the effect that they could not consider the evidence on the first seven counts in reaching their conclusion upon the eighth. In dealing with the matter Viscount Simon said at p. 708:

It is, of course, clear that evidence of "similar facts" cannot in any case be admissible to support an accusation against the accused unless they are connected in some relevant way with the accused and with his participation in the crime.

He then referred to the words of Lord Sumner in *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221, and continued:

It is the fact that he was involved in the other occurrences which may negative the inference of accident or establish his mens rea by showing "system". Or, again, the other occurrences may sometimes assist to prove his identity, as, for instance, in *Perkins v. Jeffrey*. But evidence of other occurrences which merely tend to deepen suspicion does not go to prove guilt.

Lord Morton of Henryton concurred with Viscount Simon, saying, at p. 715:

I desire only to add that, in my view, evidence as to the thefts which occurred on the first seven occasions was not admissible for the purpose of the trial of the appellant on the eighth count, because the appellant was not proved to have been near the shop, or even in the market, at the time when these thefts occurred. It is, however, clear that the judge invited the jury to take that evidence into account when considering the eighth count.

en uniforme, faisait sa ronde dans le marché, et, semblait-il, à une heure où la plupart des barrières du marché étaient fermées au grand public. Mais, dans les sept premiers cas, aucun autre élément de preuve ne permettait de lier précisément l'appelant aux vols.

Une requête en séparation des chefs d'accusation et en instruction séparée de chaque chef a été rejetée et des éléments de preuve ont été produits au sujet de tous les chefs d'accusation. L'appelant a été acquitté relativement aux sept premiers chefs, mais déclaré coupable quant au huitième. Bien que l'accusé n'ait été reconnu coupable que relativement au huitième chef d'accusation, l'affaire a été portée en appel parce que l'on se plaignait que le jury n'avait reçu aucune directive portant qu'il ne pouvait prendre en considération les éléments de preuve relatifs aux sept premiers chefs d'accusation pour tirer sa conclusion sur le huitième. Le vicomte Simon affirme à ce propos, à la p. 708:

[TRADUCTION] Bien sûr, il est évident que la preuve d'«actes similaires» ne peut en aucun cas être recevable pour appuyer une accusation portée contre l'accusé, à moins que ces actes n'aient quelque lien pertinent avec l'accusé et avec sa participation au crime.

Se référant alors à ce qu'avait dit lord Sumner dans l'arrêt *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221, il ajoute:

[TRADUCTION] C'est sa participation aux autres incidents qui peut venir s'opposer à la conclusion d'accident ou permettre d'établir sa *mens rea* en démontrant l'existence d'un «système». Ou encore, les autres incidents peuvent parfois aider à prouver son identité, comme c'est le cas, par exemple, dans l'affaire *Perkins v. Jeffrey*. Mais la preuve d'autres incidents qui tendent simplement à accroître les soupçons ne sert pas à prouver la culpabilité.

Lord Morton of Henryton, qui partage l'avis du vicomte Simon, affirme à la p. 715:

[TRADUCTION] Je tiens seulement à ajouter que, selon moi, la preuve concernant les sept premiers vols n'était pas recevable aux fins du procès de l'appelant relativement au huitième chef d'accusation, car on n'a pas prouvé que l'appelant se trouvait près du magasin, ni même dans le marché, au moment où ces vols ont été commis. Il est toutefois évident que le juge a invité le jury à tenir compte de cette preuve au moment d'examiner le huitième chef d'accusation.

And Lord Tucker said, at p. 715:

I agree with my noble and learned friend, Lord Morton of Henryton, that the evidence with regard to the first seven occasions was irrelevant to the charge on the eighth count, but was left to the jury as relevant.

Dealing with the eleven episodes I say at once that in my view evidence relating to them was inadmissible and ought not to have been admitted. I put that proposition simply upon the footing that they afford no evidence of identification of the appellant, because, despite the existence of varying degrees of similarity between the acts revealed in the evidence and the facts of the case under trial, there is no evidence which connects the appellant with any of those episodes. They are not shown to be connected with him and cannot therefore be relevant as evidence against him. It was the similarity between the eleven incidents and the four incidents which led the learned chief justice to consider that evidence of the eleven incidents was admissible. McGillivray C.J.A. in his reasons, speaking for a unanimous court of appeal, said:

We are all of the view that the only link with the accused in 12 cases [the eleven cases referred to above and the count in Count No. 1] was the similarity of his technique; but there is sufficient similarity in technique to that in the three cases where the accused was identified, in our opinion, to permit the findings to be admissible as a matter of identifying the accused as being the attacker in the Page case. We are, therefore, of the opinion that the Appeal on the grounds of admissibility of what is said to be similar fact evidence, fails.

In my view, this approach seems to proceed on the basis that, while the eleven episodes themselves are not shown to be connected with the accused, they are made admissible because of the similarity to the four incidents in respect of which there had been a testimonial connection with the appellant. They should therefore be admitted into evidence, as it were, upon the coat tails of the four episodes. In my view, this is to cast the net too wide in a search for evidence. This line of reasoning could

Et lord Tucker dit, à la p. 715:

[TRANSCRIPTION] Je suis d'accord avec mon noble et savant collègue lord Morton of Henryton, que la preuve qui se rapporte aux sept premiers incidents était sans rapport avec le huitième chef d'accusation, et pourtant elle a été présentée au jury comme si elle était pertinente.

Pour ce qui est des onze incidents, je dis tout de suite qu'à mon avis, la preuve y relative était irrecevable et n'aurait donc pas dû être reçue. Pour cela je me fonde simplement sur le fait qu'ils n'apportent aucune preuve d'identification de l'appelant, car, malgré la similitude qui existe à différents degrés entre les actes qui se dégagent de la preuve et les faits de la présente espèce, il n'y a aucun élément de preuve qui permet de lier l'appelant à l'un quelconque de ces incidents. On n'a établi aucun lien entre les incidents en question et l'appelant et ils ne peuvent donc pas constituer une preuve pertinente contre lui. C'est la similitude entre les onze incidents et les quatre autres qui a amené le savant juge en chef à conclure à la recevabilité des éléments de preuve relatifs aux onze incidents. Le juge en chef McGillivray, en rendant les motifs unanimes la Cour d'appel, affirme ce qui suit:

[TRANSCRIPTION] Nous sommes tous d'avis que le seul lien qu'il y avait avec l'accusé dans 12 cas [les onze cas susmentionnés et celui visé par le chef d'accusation n° 1], c'était la similitude de technique; mais nous estimons que la technique employée dans ces cas-là est suffisamment semblable à celle employée dans les trois cas où l'on a identifié l'accusé, pour que les constatations soient recevables aux fins d'identifier l'accusé comme étant l'agresseur dans le cas de Page. Nous sommes donc d'avis qu'il faut rejeter l'appel fondé sur ce moyen relatif à la recevabilité de ce qu'on dit être une preuve d'actes similaires.

A mon avis, ce point de vue semble reposer sur la conclusion que, même si on ne démontre pas l'existence d'un lien entre les onze incidents eux-mêmes et l'accusé, ces incidents sont recevables comme preuve en raison de leur similitude avec les quatre incidents à l'égard desquels les témoignages ont établi un lien avec l'appelant. Ils devraient donc être reçus en preuve, comme ils l'ont été, à la traîne des quatre autres incidents. Selon moi, c'est là aller trop loin à la recherche d'éléments de

make evidence of any nocturnal rape committed in Calgary in a period of four and a half years, where some similarity could be shown, receivable in evidence against the appellant. I would confine the admission of such evidence to cases where there is some evidentiary link, direct or circumstantial, with the accused.

It is my opinion that the error which was made by the admission into evidence of the eleven episodes was so highly prejudicial that the only remedy open is a new trial. Because there is to be a new trial, I make no comment in respect of the relevancy of the four episodes involving some evidentiary connection with the appellant because I do not wish to embarrass the trial judge in his approach to the matter. The question of the admissibility of that evidence I leave to be resolved on the new trial. I would, accordingly, allow the appeal and direct a new trial.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Brian E. Devlin, Calgary.

Solicitor for the respondent: Paul Chrumka, Calgary.

preuve. Suivant ce raisonnement, la preuve de tout viol nocturne commis à Calgary au cours d'une période de quatre ans et demi, si l'on pouvait établir une certaine similitude avec la présente espèce, pourrait servir contre l'appelant. J'estime qu'il y a lieu de limiter la recevabilité d'une preuve de ce genre aux cas où il existe des preuves, directes ou indirectes, qui établissent un lien avec l'accusé.

Je suis d'avis que l'erreur qu'on a commise en recevant comme preuve les onze incidents était à ce point préjudiciable que seul un nouveau procès peut permettre d'y remédier. Puisqu'il y aura un nouveau procès, je ne me prononce pas sur la pertinence des quatre incidents qui comportent des preuves de l'existence d'un lien avec l'appelant, car je ne veux pas gêner le juge du procès dans sa façon d'aborder la question. La question de la recevabilité de cette preuve doit être tranchée au nouveau procès. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: Brian E. Devlin, Calgary.

Procureur de l'intimée: Paul Chrumka, Calgary.