

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Alexander Nikolovski *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NIKOLOVSKI.

File No.: 24360.

1996: October 3; 1996: December 12.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Identification — Videotape recorded by security camera during robbery — Trial judge identifying accused in court as perpetrator of crime on basis of videotape — No corroborating testimony that accused was person depicted in tape — Whether videotape alone provides necessary evidence to enable trier of fact to identify accused as perpetrator of crime — If so, whether trial judge erred in circumstances of case in identifying and convicting accused solely on basis of videotape evidence.

The accused was charged with robbing a convenience store. The store clerk described the robber to the police and, a few days later, was shown 12 photographs. At trial, the clerk stated that he suspected three of the men shown, one of whom was the accused, but that he could be no more than 25 to 30 percent sure that any of them was the robber. He also stated that, when he was first shown the photographs, the one he suspected the most was not the accused. The Crown introduced as evidence the videotape of the robbery, recorded by the store security camera, and the clerk testified that it showed all of the robbery. At the conclusion of the review of the videotape, the clerk was asked if the man who robbed him was in court, to which he replied that he did not think so. A police officer who knew the accused testified that when he arrested him his facial appearance was different from that in court. The Crown closed its case and the defence elected to call no evidence. The trial judge directed herself as to the frailties of eyewitness identification but indicated that the videotape was very clear and that the robber was in the camera long enough

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Alexander Nikolovski *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. NIKOLOVSKI

N° du greffe: 24360.

1996: 3 octobre; 1996: 12 décembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Preuve — Identification — Bande vidéo enregistrée par la caméra d'un système de sécurité durant un vol qualifié — Le juge du procès a identifié l'accusé devant la cour comme étant l'auteur du crime en se fondant sur la bande vidéo — Aucun témoignage corroborant que l'accusé était la personne figurant sur la bande — Une bande vidéo apporte-t-elle, à elle seule, la preuve nécessaire pour permettre au juge des faits d'identifier l'accusé comme étant l'auteur du crime? — Si oui, le juge du procès a-t-il commis une erreur, dans les circonstances de l'espèce, en identifiant l'accusé et en le déclarant coupable uniquement sur la foi de la preuve par bande vidéo?

L'inculpé a été accusé d'avoir dévalisé un dépanneur. Le commis du magasin a décrit le voleur aux policiers et, quelques jours plus tard, on lui a montré 12 photos. Au procès, le commis a déclaré qu'il soupçonnait trois des hommes apparaissant sur les photos, dont l'un était l'accusé, mais qu'il ne pouvait pas dire avec un degré de certitude dépassant 25 à 30 pour 100 si l'un d'eux était le voleur. Il a également déclaré que, lorsque les photos lui ont été montrées pour la première fois, celui qu'il soupçonnait le plus n'était pas l'accusé. Le ministère public a présenté en preuve la bande vidéo du vol qualifié, enregistrée par la caméra du système de sécurité du magasin, et le commis du magasin a témoigné que la bande montrait tout le vol. À la fin du visionnement de la bande vidéo, on a demandé au commis si le voleur se trouvait dans la salle d'audience, ce à quoi il a répondu qu'il pensait que non. Un policier qui connaissait l'accusé a témoigné que, lorsqu'il a arrêté ce dernier, l'apparence de son visage était différente de celle qu'il avait en cour. Le ministère public a clos sa preuve et la défense a choisi de ne présenter aucune preuve. Le juge

for her to make a careful observation. She concluded that the person who committed the robbery on the tape was the accused and she convicted him. The Court of Appeal quashed the accused's conviction as unreasonable and entered an acquittal. The court found that the trial judge should not have relied solely on her own comparison between the appearance of the person on the videotape and the appearance of the accused in court to reach a conclusion that had no other foundation in the evidence.

Held (Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: Courts have recognized the importance and usefulness of videotapes in the search for truth in criminal trials as this type of evidence can serve to establish innocence just as surely and effectively as it may establish guilt. A video camera records accurately all that it perceives and it is precisely because videotape evidence can present such very clear and convincing evidence of identification that triers of fact can use it as the sole basis for the identification of the accused before them as the perpetrator of the crime.

Once it is established that a videotape has not been altered or changed, and that it depicts the scene of a crime, it becomes admissible and relevant evidence. Not only is the tape real evidence, but it is also, to a certain extent, testimonial evidence as well. It should be used by a trier of fact in determining whether a crime has been committed and whether the accused before the court committed the crime. The degree of clarity and quality of the tape, and to a lesser extent the length of time during which the accused appears on the videotape, will all contribute to establishing the weight which a trier of fact may properly place upon the evidence. The time of depiction may not be significant for even if there are but a few frames which clearly show the perpetrator that may be sufficient to identify the accused.

Although triers of fact are entitled to reach a conclusion as to identification based solely on videotape

du procès s'est remémoré les faiblesses de l'identification par témoins oculaires, mais elle a indiqué que la bande vidéo était très claire et que le voleur se trouvait dans le champ de la caméra assez longtemps pour qu'elle puisse l'observer attentivement. Elle a conclu que la personne qui avait commis le vol sur la bande vidéo était l'accusé et elle l'a déclaré coupable. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour le motif que celle-ci était déraisonnable, et elle a prononcé son acquittement. La cour a statué que le juge du procès n'aurait pas dû se baser uniquement sur la comparaison qu'elle avait elle-même établie entre l'apparence de la personne sur la bande vidéo et celle de l'accusé se trouvant dans la salle d'audience pour arriver à une conclusion qui n'avait pas d'autre fondement dans la preuve.

Arrêt (les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: Les tribunaux ont reconnu l'importance et l'utilité des bandes vidéo dans la recherche de la vérité dans les procès criminels, car ce genre de preuve peut servir à établir l'innocence d'une personne tout aussi sûrement et efficacement que sa culpabilité. La caméra vidéo enregistre fidèlement tout ce qui entre dans son champ, et c'est précisément parce que la preuve par bande vidéo peut présenter une preuve d'identification aussi claire et convaincante que le juge des faits peut se fonder uniquement sur celle-ci pour identifier l'accusé devant lui comme étant l'auteur du crime.

Une fois qu'il est prouvé qu'une bande vidéo n'a pas été retouchée ou modifiée et qu'elle décrit la scène d'un crime, elle devient une preuve admissible et pertinente. Non seulement la bande constitue-t-elle une preuve matérielle, mais elle est également, dans une certaine mesure, une preuve testimoniale. Elle devrait être utilisée par le juge des faits pour déterminer si un crime a été commis et si c'est l'accusé qui est devant la cour qui en est l'auteur. Le degré de clarté et la qualité de la bande, ainsi que, dans une moindre mesure, le temps durant lequel l'accusé apparaît sur la bande vidéo sont autant de facteurs qui serviront à déterminer le poids que le juge des faits peut à juste titre accorder à cette preuve. La durée de l'action sur la bande peut ne pas être un facteur important car, même s'il n'y a que quelques images montrant clairement l'auteur de l'infraction, cela peut être suffisant pour identifier l'accusé.

Bien que le juge des faits ait le droit de tirer une conclusion relativement à l'identification en se fondant

evidence, they must exercise care in doing so. When a jury is asked to identify an accused in this manner, clear directions must be given to them as to how they are to approach this task. They should be instructed to consider carefully whether the video is of sufficient clarity and quality and shows the accused for a sufficient time to enable them to conclude that identification has been proven beyond a reasonable doubt. If it is the only evidence adduced as to identity, the jury should be reminded of this. Further, they should be told, once again, of the important requirement that, in order to convict on the basis of the videotape alone, they must be satisfied beyond a reasonable doubt that it identifies the accused. A trial judge sitting alone must be subject to the same cautions and directions as a jury in considering videotape evidence of identification.

Here, the trial judge did not err in finding the accused guilty of robbery. The videotape is of excellent quality and depicts the accused for a significant period of time. The evidence of the tape is of such clarity and strength that it provided convincing evidence upon which the trial judge could properly base her finding of fact that the accused was the person shown in the tape. There was no need for corroboration of this tape. The fact that the store clerk could not identify the accused is not of great significance. The violent and menacing jab made by the robber with a large knife directed towards the clerk suggests that self-preservation, not identification, may very reasonably have been the clerk's prime concern at the time of the robbery.

Per Sopinka and Major JJ. (dissenting): While the sensory observations of a trial judge, based on a review of a videotape and the appearance of the accused, are admissible evidence of "identity" to support a guilty verdict, the evidence in this case makes it clear that the verdict rendered at trial was "unreasonable" within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. The accused was convicted on the basis of very weak identification evidence, which was undermined by the evidence of the Crown's only eyewitness.

The trial judge relied on her own observations of the videotape to convict the accused. She made these observations after having viewed the 30-second video only once. She made no reference to specific characteristics of the man on the videotape that conformed to the

uniquement sur la preuve par bande vidéo, il doit faire montre de prudence à cet égard. Lorsqu'on demande à des jurés d'identifier un accusé de cette manière, il faut leur donner des directives claires quant à la façon dont ils doivent aborder cette tâche. Il faut leur dire d'examiner soigneusement la bande vidéo pour déterminer si elle est d'une clarté et d'une qualité suffisantes et si elle montre l'accusé pendant une période adéquate pour leur permettre de conclure que l'identification a été prouvée hors de tout doute raisonnable. S'il s'agit de la seule preuve produite relativement à l'identité de l'auteur du crime, il faudrait le rappeler aux jurés. De plus, il faudrait leur parler, de nouveau, de l'importance du fait que, pour déclarer l'accusé coupable sur la foi de la seule bande vidéo, ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable qu'elle identifie l'accusé. Le juge du procès siégeant seul est assujéti aux mêmes mises en garde et directives qu'un jury lorsqu'il examine une preuve d'identification par bande vidéo.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant que l'accusé était coupable de vol. La bande vidéo est d'une excellente qualité et on y voit l'accusé pendant une période considérable. La preuve contenue sur la bande est tellement claire et solide qu'elle a apporté la preuve convaincante sur laquelle le juge du procès pouvait à bon droit fonder sa conclusion de fait que l'accusé était la personne figurant sur la bande. Il n'était pas nécessaire de corroborer la preuve fournie par la bande. Le fait que le commis du magasin ne pouvait pas identifier l'accusé n'est pas d'une grande importance. Le fait que le voleur ait sauvagement brandi un long couteau en direction du commis indique qu'il est très raisonnable de penser que la préoccupation première de ce dernier au moment du vol était sa survie et non l'identification du voleur.

Les juges Sopinka et Major (dissidents): Bien que les observations sensorielles du juge du procès, basées sur l'examen d'une bande vidéo et de l'apparence de l'accusé, constituent une preuve d'«identité» admissible pour appuyer un verdict de culpabilité, il ressort clairement de la preuve en l'espèce que le verdict rendu au procès était «déraisonnable» au sens du sous-al. 686(1a)(i) du *Code criminel*. L'accusé a été déclaré coupable sur le fondement d'une preuve d'identification très faible, qui était minée par la déposition du seul témoin oculaire du ministère public.

Le juge du procès s'est fondée sur ses propres observations de la bande vidéo pour déclarer l'accusé coupable. Elle a fait ces observations après avoir visionné une seule fois la bande vidéo de 30 secondes. Elle n'a pas fait mention de caractéristiques particulières de

appearance of the accused and there was no confirmatory evidence supporting her observations of the video and the accused. Not only did the trial judge's observations not have any support in the evidence but, more importantly, her observations were contradicted by the evidence of the store clerk — the only person who actually witnessed the crime — who, despite his opportunity to view the accused and the tape in the courtroom, was unable to conclude that the accused was the man on the video. There was also evidence that, a few days after the robbery, the store clerk identified a person other than the accused as the more likely perpetrator of the crime. Further, it is significant that the trial judge's observations are entirely untested by cross-examination and they cannot be tested on appeal. In order to evaluate the reasonableness of the evidence upon which a trier of fact relies, a court of appeal must be able to examine all the evidence. All the assurances about the clarity of the video are of no avail if the court cannot see the person with whom the comparison is being made. The accused's conviction was thus based on evidence that amounted to no more than the untested opinion of the trial judge which was contradicted by other evidence that the trial judge did not reject. In the circumstances of this case, it was unreasonable for the trial judge to convict based on her opinion alone. In light of the inherent frailties of identification evidence, the accused's conviction rests on a shaky foundation and is unsafe and unsatisfactory. The verdict cannot be supported by the evidence.

l'homme sur la bande vidéo qui correspondaient à l'apparence de l'accusé, et aucune preuve corroborante n'étayait ses observations de la bande vidéo et de l'accusé. Non seulement les observations du juge du procès ne trouvent aucun appui dans la preuve, mais, fait plus important, ses observations ont été contredites par la déposition du commis du magasin — seule personne à avoir concrètement été témoin du crime — qui, malgré la possibilité qu'il a eue d'examiner l'accusé et la bande dans la salle d'audience, a été incapable de conclure que l'accusé était l'homme apparaissant sur la bande vidéo. Il a également été prouvé que, quelques jours après le vol, le commis du magasin a identifié une autre personne que l'accusé comme étant plus vraisemblablement l'auteur du crime. De plus, il est important de signaler que les observations du juge du procès n'ont aucunement subi l'épreuve du contre-interrogatoire et qu'elles ne peuvent pas être contrôlées en appel. Pour évaluer le caractère raisonnable de la preuve sur laquelle le juge des faits s'appuie, une cour d'appel doit être capable d'examiner l'ensemble de la preuve. Toutes les assurances données au sujet de la clarté de la bande vidéo sont inutiles si la cour ne peut pas voir la personne avec laquelle la comparaison est établie. La déclaration de culpabilité de l'accusé était donc fondée sur une preuve qui n'était rien de plus que l'opinion non contrôlée du juge du procès, opinion qui a été contredite par d'autres éléments de preuve que le juge du procès n'a pas rejetés. Dans les circonstances de l'espèce, il était déraisonnable que le juge du procès fonde la déclaration de culpabilité sur sa seule opinion. Compte tenu des faiblesses inhérentes à la preuve d'identification, la déclaration de culpabilité de l'accusé repose sur des fondements peu solides et elle est imprudente et insatisfaisante. Le verdict ne peut pas s'appuyer sur la preuve.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; **referred to:** *R. v. Pleich* (1980), 55 C.C.C. (2d) 13; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Dodson*, [1984] 1 W.L.R. 971; *R. v. Downey*, [1995] 1 Cr. App. R. 547.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. S. (P.L.), [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Quercia* (1990), 60 C.C.C. (3d) 380; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *R. v. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; **arrêts mentionnés:** *R. c. Pleich* (1980), 55 C.C.C. (2d) 13; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Dodson*, [1984] 1 W.L.R. 971; *R. c. Downey*, [1995] 1 Cr. App. R. 547.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. c. S. (P.L.), [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Quercia* (1990), 60 C.C.C. (3d) 380; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; *R. c. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241.

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 676, 73 O.A.C. 258, 92 C.C.C. (3d) 37, 34 C.R. (4th) 98, allowing the accused's appeal and setting aside his conviction for robbery. Appeal allowed, Sopinka and Major JJ. dissenting.

David Butt, for the appellant.

John Collins, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

CORY J. — Can a videotape alone provide the necessary evidence to enable the trier of fact to identify the accused as the perpetrator of the crime? That is the question that must be resolved on this appeal.

I. Factual Background

In 1991, during the early morning hours of May 13, Mahmood Wahabzada was the sole employee in a Mac's Milk store. At about 2:00 a.m., a man armed with a knife entered the store and ordered him to open the cash register. Mr. Wahabzada complied. The robber took some \$230 from the register and fled. The store clerk described the robber to the police as hefty with a strong build, blond hair, a mustache and taller than his own height of 175 centimetres. He could not recall the clothes worn by the robber. As he explained at the trial "You know that time is a very panic time. One cannot remember everything". Two days after the robbery, the store clerk was shown photos of 12 men. He suspected three of the men shown, one of whom was the respondent (accused). At the trial, he testified that he thought

Lois et règlements cités

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

Doctrine citée

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 676, 73 O.A.C. 258, 92 C.C.C. (3d) 37, 34 C.R. (4th) 98, qui a accueilli l'appel de l'accusé et annulé sa déclaration de culpabilité pour vol qualifié. Pourvoi accueilli, les juges Sopinka et Major sont dissidents.

David Butt, pour l'appelante.

John Collins, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE CORY — Une bande vidéo peut-elle, à elle seule, apporter la preuve nécessaire pour permettre au juge des faits d'identifier l'accusé comme étant l'auteur du crime? Voilà la question qui doit être tranchée dans le présent pourvoi.

I. Les faits

Aux premières heures du 13 mai 1991, Mahmood Wahabzada était le seul employé présent dans un établissement Mac's Milk. Vers 2 h, un homme armé d'un couteau est entré dans l'établissement et lui a ordonné d'ouvrir la caisse enregistreuse. M. Wahabzada s'est exécuté. Le voleur s'est emparé d'environ 230 \$ dans la caisse et il a pris la fuite. Le commis du magasin a déclaré aux policiers que le voleur était costaud, qu'il avait une forte carrure, des cheveux blonds, une moustache et qu'il mesurait plus de 175 centimètres, soit sa taille à lui. Il ne se souvenait pas des vêtements que portait le voleur. Comme il l'a expliqué au procès: [TRADUCTION] «Vous savez, à ce moment-là, j'étais vraiment pris de panique. On ne peut se rappeler de tout». Deux jours après le vol, les policiers ont montré au commis du magasin des photos

that the man shown in photograph number 8, who was not the respondent, could be the robber but he was only 25 to 30 percent sure. He said that when he was first shown the photos he could be no more definite than to say that he “mostly” suspected photograph number 8.

3 The police officers gave evidence that when he was shown the photos the store clerk exclaimed “that’s him” when looking at photo number 6 (which was of the respondent) or “He looks just like him” referring to the same photo, but added “He looks a bit like him also” when referring to photo number 8.

4 The Crown introduced as evidence the videotape of the robbery, recorded by the store security camera. The store clerk testified that it showed all of the robbery. At the conclusion of the review of the videotape, the clerk was asked if the man who robbed him was in court, to which he replied that he did not think so.

5 A detective who had known the respondent for some years was present at the time of his arrest. He testified that the respondent then had a sparse mustache covering the upper part of his lip, which was not present on the day of the trial. In cross-examination, the officer acknowledged that the respondent had denied committing the robbery and said that he’d been home with his mother and brother. The defence did not present any evidence.

II. The Courts Below

A. *Judgment at Trial*

6 It is necessary in this appeal to set out some of the discussions which took place between counsel for the defence during his submissions and the trial judge as well as portions of the reasons. Counsel

de 12 hommes. Il soupçonnait trois des hommes apparaissant sur les photos, dont l’un était l’intimé (l’accusé). Au procès, il a témoigné qu’il croyait que l’homme sur la photo numéro 8, qui n’était pas l’intimé, pouvait être le voleur, mais il n’en était certain que dans une proportion de 25 à 30 pour 100. Il a affirmé que, lorsque les photos lui ont été montrées pour la première fois, l’affirmation la plus catégorique qu’il avait pu faire avait été qu’il soupçonnait [TRADUCTION] «surtout» l’homme apparaissant sur la photo numéro 8.

Les policiers ont témoigné que, lorsque les photos ont été montrées au commis du magasin, celui-ci s’est exclamé: [TRADUCTION] «c’est lui» en regardant la photo numéro 6 (qui était celle de l’intimé) ou [TRADUCTION] «Il ressemble exactement à celui-là» en parlant de la même photo, mais qu’il a ajouté: [TRADUCTION] «Il ressemble également un peu à celui-là» en indiquant la photo numéro 8.

Le ministère public a présenté en preuve la bande vidéo du vol qualifié, enregistrée par la caméra du système de sécurité du magasin. Le commis du magasin a témoigné que la bande montrait tout le vol. À la fin du visionnement de la bande vidéo, on a demandé au commis si le voleur se trouvait dans la salle d’audience, ce à quoi il a répondu qu’il pensait que non.

Un détective qui connaissait l’intimé depuis quelques années était présent au moment de l’arrestation de ce dernier. Il a témoigné que l’intimé portait alors une moustache peu fournie, qui couvrait la partie supérieure de la lèvre, moustache qu’il n’avait plus le jour du procès. En contre-interrogatoire, l’agent a reconnu que l’intimé avait nié avoir commis le vol et avait dit qu’il se trouvait à la maison en compagnie de sa mère et de son frère. La défense n’a présenté aucune preuve.

II. Les juridictions inférieures

A. *Le jugement rendu au procès*

Dans le présent pourvoi, il est nécessaire de rapporter certains des échanges entre le juge du procès et l’avocat de la défense durant ses plaidoiries, ainsi que des passages des motifs de jugement du

for the respondent cautioned the trial judge of the frailties of eyewitness identification. In response and as part of her reasons, the trial judge stated:

I have directed my mind, but what about that video tape? I mean the video tape does away with a lot of the frailty of identification by a witness who said to me he was frightened, he was nervous, he couldn't recall some of it. And look at the tape. The tape doesn't lie.

... a movie showing the robbery being committed is surely one of the best forms of evidence you've got. And not only was the movie — the man's face was practically in front of the screen.

I looked at that video, and I looked at it very carefully, and I can honestly tell you there is no doubt in my mind that the man who committed that robbery on that video was your client.

As I said earlier, I've directed myself to all the frailties of the I.D. cases. And over my years as counsel, I know I was involved in a number where it was a serious issue, and I'm well aware of all of it, and the reason behind the case law.

And a lot of the reasons for those frailties are the very things that exist in this case. An act of violence, which happens quickly and unexpectedly to a victim who is terrified.

At best he could say that Photograph 6 looked like, and he also pointed to 8 and to 11. He said quite bluntly: I was afraid. I can't remember all. He also doesn't have English as a first language.

Now, I've seen video tapes in the past that have been grainy, where the lighting hasn't been good, where there's no clear view over a period of time of the robbery and of the perpetrator.

premier. L'avocat de l'intimé a mis le juge du procès en garde contre les faiblesses de l'identification par des témoins oculaires. En réponse à cette remarque, le juge du procès a dit ceci dans ses motifs:

[TRADUCTION] Je me suis posé la question suivante, mais qu'en est-il de cette bande vidéo? Ce que je veux dire, c'est que la bande vidéo élimine en grande partie la faiblesse de l'identification faite par un témoin qui m'a affirmé qu'il était effrayé, qu'il était nerveux, qu'il ne pouvait pas se souvenir de certains détails. Et regardez la bande. Elle ne ment pas.

... un film qui montre un vol en train de se dérouler est sûrement l'une des meilleures formes de preuve qu'on puisse trouver. Et non seulement il y avait le film — mais le visage de l'homme se trouvait pratiquement devant l'écran.

J'ai regardé la bande vidéo, je l'ai regardée très attentivement, et je puis vous dire honnêtement qu'il n'y a aucun doute dans mon esprit que l'homme qui a commis le vol sur cette bande vidéo était votre client.

Comme je l'ai dit précédemment, je me suis remémoré toutes les faiblesses des cas d'identification de prévenus. Durant les années où j'ai pratiqué le droit en tant qu'avocate, je le sais car j'ai participé à un certain nombre de cas où c'était une question litigieuse importante, je suis bien consciente de tout cela, ainsi que de la raison qui sous-tend la jurisprudence.

Et bon nombre des raisons de ces faiblesses sont les faits mêmes qui existent en l'espèce. Un acte de violence, qui arrive rapidement et à l'improviste à une victime terrorisée.

Au mieux, il pouvait dire que la photo n° 6 était ressemblante, et il a aussi indiqué les photos nos 8 et 11. Il a dit très franchement: J'avais peur. Je ne peux me souvenir de tout. De plus, l'anglais n'est pas sa langue maternelle.

Par le passé, j'ai vu des bandes vidéo grenues, dans lesquelles l'éclairage n'était pas bon, où l'on ne voyait pas clairement, pendant une certaine période, ni le vol ni son auteur.

This particular video tape is very clear. The lighting is very good. The man is in the camera for long enough to make a careful observation. And the issue of beyond a reasonable doubt is when I'm obliged to make a decision, and I cannot ignore what my eyes tell me, and my eyes tell me, and there's no dispute this isn't a video tape of the robbery, that the person who committed that robbery is Mr. Nikolovski, and I can't ignore that. . . .

It would be mere speculation for me to say, there's one chance in a million he's got an absolute twin running around, who happened to rob that store, that's getting into the realm of speculation at that point.

The trial judge concluded, without calling upon the Crown:

. . . I think we've beaten this to death. . . . I'm satisfied that the robbery was committed by your client. I'm satisfied on looking at that tape that that's him and he's convicted.

B. *The Court of Appeal*

7 The Court of Appeal allowed the appeal, quashed the conviction and entered the acquittal of the respondent: (1994), 19 O.R. (3d) 676, 73 O.A.C. 258, 92 C.C.C. (3d) 37, 34 C.R. (4th) 98.

8 Arbour J.A., on behalf of a unanimous court, agreed with the trial judge that the videotape was of very good quality and that the image was sharp and clear. She observed as well that there was no doubt that the videotape would permit a comparison to be made between the robber and the accused appearing before the trial judge.

9 However, she was doubtful whether a prosecution could be successful where identification evidence was made solely on the basis of a photograph or videotape without confirmatory evidence from a witness linking the accused to the crime. She observed that no one identified the respondent as the man in the videotape, except the trial judge. She expressed the view that the Crown ought to have called the detective who had known the respondent for some years to testify as to whether

La bande vidéo en l'espèce est très claire. L'éclairage est très bon. L'homme se trouve dans le champ de la caméra assez longtemps pour qu'on puisse l'observer attentivement. Et la question de la conviction hors de tout doute raisonnable se pose lorsque je suis obligée de rendre une décision, et je ne peux pas faire abstraction de ce que mes yeux me disent, et mes yeux me disent — d'ailleurs, personne ne prétend qu'il ne s'agit pas d'une bande vidéo du vol — que la personne qui a commis le vol est M. Nikolovski, et je ne peux pas faire abstraction de ce fait. . . .

Ce ne serait que pure conjecture de ma part de dire qu'il y a une chance sur un million qu'il ait un jumeau identique qui rôde dans les environs et qui aurait justement volé le magasin en question, nous entrons dans le domaine de la conjecture à ce moment-là.

Le juge du procès a conclu, sans inviter le ministère public à prendre la parole:

[TRADUCTION] . . . je pense que nous avons épuisé la question [. . .] Je suis convaincue que le vol a été commis par votre client. Je suis convaincue, en regardant cette bande, que c'est lui, et il est déclaré coupable.

B. *La Cour d'appel*

La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et prononcé l'acquittement de l'intimé: (1994), 19 O.R. (3d) 676, 73 O.A.C. 258, 92 C.C.C. (3d) 37, 34 C.R. (4th) 98.

Madame le juge Arbour a dit, au nom de la cour à l'unanimité, qu'elle était d'accord avec le juge du procès que la bande vidéo était de très bonne qualité et que l'image était nette et claire. Elle a noté également qu'il ne faisait pas de doute que la bande vidéo permettait de comparer le voleur et l'accusé qui se trouvait devant le juge du procès.

Toutefois, elle a dit douter que des poursuites pourraient être intentées avec succès lorsque la preuve d'identification repose uniquement sur une photo ou une bande vidéo, sans une déposition corroborante d'un témoin rattachant l'accusé au crime. Elle a fait remarquer que personne, sauf le juge du procès, n'a identifié l'intimé comme étant l'homme apparaissant sur la bande vidéo. Elle a exprimé l'avis que le ministère public aurait dû faire témoigner le détective qui connaissait

the person on the videotape and the respondent were one and the same.

Thus, the court determined that, although the trial judge was not in error in reaching her conclusion on the basis of the videotape evidence, it still remained to be decided whether the conviction was unreasonable. On this issue, Arbour J.A. stated (at pp. 690-91 O.R.):

In a case such as this one where the identification is made exclusively by the trier of fact and has no other support in the evidence, and operating within the constraints of appellate review that such a record creates, I can only conclude that the conviction is unreasonable. . . .

The videotape was properly entered as an exhibit at trial after the witness identified it as depicting accurately the scene of the robbery, and the trial judge would have been entitled to examine the videotape to assess the credibility of the identification evidence based on the videotape, had there been any. However, in my view the trial judge should not have relied solely on her own comparison between the appearance of the person on the videotape and the appearance of the accused in court to reach a conclusion that had no other foundation in the evidence. In all the circumstances, I consider that this amounts to an unsafe verdict. [Emphasis added.]

Therefore, it appears to be the opinion of the Court of Appeal that corroboration by a witness that the person shown in the videotape is the accused is essential and its absence is fatal to the case.

III. Issues to Be Resolved

1. Can a trier of fact identify the accused before the court as the perpetrator of the crime on the basis of a viewing of the videotape alone without any corroborating testimony that the accused is the person depicted in the tape?
2. On the facts presented in this case, did the trial judge err in identifying and convicting the

l'intimé depuis quelques années pour qu'il dise si l'individu sur la bande vidéo et l'intimé étaient une seule et même personne.

La cour a donc décidé que, même si le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en fondant sa conclusion sur la preuve par bande vidéo, il restait néanmoins à déterminer si la déclaration de culpabilité était déraisonnable. À ce sujet, le juge Arbour a dit ceci (aux pp. 690 et 691 O.R.):

[TRADUCTION] Dans une affaire comme celle qui nous intéresse, où l'identification est faite exclusivement par le juge des faits et n'est pas étayée de quelque autre façon par la preuve, et compte tenu des contraintes qu'impose un tel dossier à la juridiction d'appel, je ne peux que conclure que la déclaration de culpabilité est déraisonnable . . .

La bande vidéo a, à bon droit, été présentée comme pièce à conviction au procès après que le témoin a affirmé qu'elle décrivait adéquatement la scène du vol, et le juge du procès aurait eu le droit d'examiner la bande vidéo afin d'apprécier la crédibilité d'une preuve d'identification s'appuyant sur la bande vidéo, s'il y avait eu une telle preuve. Cependant, à mon avis, le juge du procès n'aurait pas dû se baser uniquement sur la comparaison qu'elle avait elle-même établie entre l'apparence de la personne sur la bande vidéo et celle de l'accusé se trouvant dans la salle d'audience pour arriver à une conclusion qui n'était pas étayée de quelque autre façon par la preuve. Compte tenu de toutes les circonstances, je considère que cela équivaut à un verdict imprudent. [Je souligne.]

Il semble donc que la Cour d'appel soit d'avis qu'il est essentiel qu'un témoin corrobore que la personne apparaissant sur la bande vidéo est l'accusé, et que l'absence d'une telle corroboration est fatale.

III. Les questions à trancher

1. Le juge des faits peut-il identifier l'accusé devant la cour comme étant l'auteur du crime, en se fondant uniquement sur le visionnement de la bande vidéo, sans témoignage corroborant que l'accusé est bien la personne figurant sur la bande?
2. À la lumière des faits présentés en l'espèce, est-ce que le juge du procès a commis une erreur en

10

11

12

accused solely on the basis of the videotape evidence?

IV. The Purpose of Evidence Adduced at Criminal Trials

13 The ultimate aim of any trial, criminal or civil, must be to seek and to ascertain the truth. In a criminal trial the search for truth is undertaken to determine whether the accused before the court is, beyond a reasonable doubt, guilty of the crime with which he is charged. The evidence adduced must be relevant and admissible. That is to say, it must be logically probative and legally receivable. The evidence may be that of eyewitnesses, or it may be circumstantial, including the production of physical evidence which is often termed "real evidence". In every criminal case, if there is to be conviction, the evidence must be sufficiently convincing that the trier of fact is satisfied beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused.

14 With the progress of scientific studies and advances in technology, evidence put forward particularly as to identification has changed over the years. The admission of new types of evidence is often resisted at first and yet, later accepted as commonplace and essential to the task of truth finding. Fingerprint evidence may be the first example of scientific evidence leading to identification. Similarly, blood typing with its ever increasing refinements can be extremely helpful in identification. DNA testing is yet another example. It must never be forgotten that evidence of this type can serve to establish innocence just as surely and effectively as it may establish guilt. The case of Guy-Paul Morin serves as a constant reminder of this.

V. The Evolution of the Use of Audio Tapes, Photographs and Videotapes as Evidence in Canada

identifiant l'accusé et en le déclarant coupable uniquement sur la foi de la preuve par bande vidéo?

IV. L'objectif de la preuve produite lors des procès criminels

L'objectif ultime d'un procès, criminel ou civil, doit être la recherche et la découverte de la vérité. Dans un procès criminel, on recherche la vérité afin de déterminer si l'accusé devant le tribunal est, hors de tout doute raisonnable, coupable du crime dont il est inculpé. La preuve produite doit être pertinente et admissible. C'est-à-dire qu'elle doit être probante sur le plan de la logique et recevable sur le plan juridique. La preuve peut émaner de témoins oculaires ou être circonstancielle, on peut également produire des éléments de preuve tangible, souvent appelés «preuve matérielle». Dans toute affaire criminelle, pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, la preuve doit être suffisamment concluante pour que le juge des faits soit convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé.

Avec les progrès réalisés dans les domaines scientifiques et technologiques, la preuve présentée aux tribunaux, particulièrement en matière d'identification, a changé au fil des ans. Même si, au départ, il y a souvent une résistance à l'admission de nouvelles sortes de preuve, ces nouvelles preuves finissent par être acceptées et deviennent par la suite répandues et essentielles à la découverte de la vérité. La preuve par empreintes digitales est peut-être le premier exemple de preuve scientifique contribuant à l'identification. De même, le typage sanguin, avec ses raffinements incessants, peut être extrêmement utile en matière d'identification. Le test d'empreintes génétiques en est un autre exemple. Il ne faut jamais oublier que ce genre de preuve peut servir à établir l'innocence d'une personne tout aussi sûrement et efficacement que sa culpabilité. Le cas de Guy-Paul Morin nous le rappelle constamment.

V. L'évolution de l'utilisation des bandes audio, des photographies et des bandes vidéo comme moyens de preuve au Canada

It may be helpful to consider the evolution of the use of audio and video tape evidence in Canada. In *R. v. Pleich* (1980), 55 C.C.C. (2d) 13, at p. 32, the Court of Appeal for Ontario recognized that tape recordings are real evidence that had, as well, many of the characteristics of testimonial evidence. In *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, the use of audio tapes was considered by the same court. It found that it was the tapes themselves that constituted the evidence which should be considered by the jury. It emphasized that the tapes could provide cogent and convincing evidence of culpability or equally powerful and convincing evidence of innocence. It stressed that the members of the jury must have equipment available to them so that they could themselves listen to the tapes and reach their decision as to the weight that should be given to them. It was expressed in this way (at pp. 47-48 and 49):

It is true that the tapes themselves constitute the evidence which should be and must be considered by the jury. It is the tapes which will demonstrate not simply the words spoken by an accused or co-conspirator, but also the emphasis given to particular words and phrases and the tone of voice employed by the participants during the intercepted conversations. Upon hearing the tape, the jocular exclamation will be readily distinguishable from the menacing threat of violence. The tapes may provide cogent and convincing evidence of culpability or equally powerful and convincing evidence of innocence.

As well the necessary equipment must be made available so that the jury may listen to the tapes themselves. [Emphasis added.]

I agree with the reasoning and conclusion on this issue set out in *Pleich* and *Rowbotham*. A tape, particularly if it is not challenged as to its accuracy or continuity, can provide the most cogent evidence not only of the actual words used but in the manner in which they were spoken. A tape will very often have a better and more accurate recollection of the words used and the manner in which they were spoken than a witness who was a party to the conversation or overheard the words. As a

15
Il peut être utile d'examiner l'évolution de l'utilisation de la preuve par bande audio et par bande vidéo au Canada. Dans *R. c. Pleich* (1980), 55 C.C.C. (2d) 13, à la p. 32, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que les enregistrements sur bande magnétique sont des éléments de preuve matérielle, qui possèdent également de nombreuses caractéristiques de la preuve testimoniale. Dans *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, la même cour a étudié la question de l'utilisation des bandes audio. Elle a conclu que c'étaient les bandes elles-mêmes qui constituaient la preuve que devait examiner le jury. Elle a fait ressortir le fait que les bandes pouvaient apporter une preuve forte et convaincante tout autant de l'innocence que de la culpabilité. Elle a souligné qu'il faut mettre à la disposition des jurés le matériel nécessaire pour qu'ils puissent écouter les bandes par eux-mêmes et décider du poids qui doit leur être accordé. La Cour d'appel s'est exprimée ainsi (aux pp. 47 et 48, et à la p. 49):

[TRADUCTION] Il est vrai que les bandes elles-mêmes constituent la preuve qui devrait et doit être examinée par le jury. Ce sont les bandes qui vont démontrer non seulement quelles paroles ont été prononcées par l'accusé ou un cocomploteur, mais également l'emphase mise sur des expressions ou des mots particuliers ainsi que le ton de voix employé par les participants durant les conversations interceptées. L'audition de la bande permet de distinguer facilement l'exclamation facétieuse de la menace de violence. Les bandes peuvent fournir une preuve forte et convaincante tout autant de l'innocence que de la culpabilité.

De plus, il faut mettre à la disposition du jury le matériel nécessaire pour qu'il puisse écouter les bandes par eux-mêmes. [Je souligne.]

16
Je suis d'accord avec le raisonnement et la conclusion exposés à l'égard de cette question dans les arrêts *Pleich* et *Rowbotham*. Une bande, notamment si son exactitude ou sa continuité ne sont pas contestées, peut apporter la preuve la plus forte qui soit et ce non seulement des mots mêmes qui ont été utilisés mais également de la manière dont ils ont été prononcés. Très souvent, une bande rapportera bien mieux et avec une plus grande fidélité les mots utilisés et la manière dont ils ont été pro-

result of *Rowbotham*, the trier of fact in Ontario was very properly authorized to use his or her own senses in determining the weight that should be accorded to the evidence of an audio tape. There is no reason why this same reasoning should not be applied to videotapes.

17

The admission of videotapes as evidence seems to be a natural progression from audio tapes. In *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at pp. 768 and 774, this Court praised the evidence obtained from videotapes as a "milestone" contributing to the "triumph of a principled analysis over a set of ossified judicially created categories". In *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393, the main identification evidence against the accused was a videotape of the crime in progress and the testimony of five police officers. Although this Court held that the evidence of four of the police officers ought to have been excluded, it upheld the conviction of Leaney on the basis of the trial judge's own observations of the videotape and his comparison of the tape to the accused in the box. At page 415, McLachlin J., for the majority, stated:

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 the 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.

18

Similarly in *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, L'Heureux-Dubé J., in concurring reasons, noted that the modern trend has been to admit all relevant and probative evidence and allow the trier of fact to determine the weight which should be given to that evidence, in order to arrive at a just result. She observed that this is most likely to be achieved when the decision makers have all the relevant probative information before them. She wrote at

noncés qu'un témoin qui a participé à la conversation ou qui les a entendus prononcer. Par suite de l'arrêt *Rowbotham*, le juge des faits en Ontario est autorisé à faire appel à ses propres sens pour déterminer le poids qu'il faut accorder à la preuve fournie par une bande audio. Il n'y a aucune raison de ne pas appliquer le même raisonnement aux bandes vidéo.

L'admission en preuve des bandes vidéo semble constituer une progression naturelle de l'admission des bandes audio. Dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, aux pp. 768 et 774, notre Cour a fait l'éloge de la preuve obtenue à partir de bandes vidéo comme étant une technique qui «a fait époque» et qui contribue au «triomphe d'une analyse fondée sur des principes sur un ensemble de catégories sclérosées conçues par les tribunaux». Dans *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393, la principale preuve d'identification contre l'accusé était une bande vidéo montrant le crime pendant qu'il se déroulait ainsi que les témoignages de cinq policiers. Même si notre Cour a conclu que les dépositions de quatre des policiers auraient dû être écartées, elle a confirmé la déclaration de culpabilité de Leaney en se fondant sur les observations de la bande vidéo par le juge du procès et sa comparaison entre la bande et l'accusé dans le box. À la page 415, le juge McLachlin, s'exprimant pour la majorité, a dit ceci:

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'infirme 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.

De même, dans *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, le juge L'Heureux-Dubé a fait remarquer, dans des motifs concordants, que la tendance actuelle est d'admettre toute preuve pertinente et probante et de laisser au juge des faits le soin de l'apprécier afin d'arriver à un résultat qui soit juste. Elle a signalé que ce résultat a le plus de chances d'être atteint lorsque les décideurs disposent de tous les renseignements probants et perti-

p. 455, that “[i]t would seem contrary to the judgments of our Court (*Seaboyer and B. (K.G.)* . . .) to disallow evidence available through technological advances, such as videotaping, that may benefit the truth seeking process”.

VI. Some Comparisons Between Videotape Evidence and that of Eyewitnesses

Thus the importance and usefulness of videotapes have been recognized. This is as it should be. The courts have long recognized the frailties of identification evidence given by independent, honest and well-meaning eyewitnesses. This recognized frailty served to emphasize the essential need to cross-examine eyewitnesses. So many factors come into play with the human identification witness. As a minimum it must be determined whether the witness was physically in a position to see the accused and, if so, whether that witness had sound vision, good hearing, intelligence and the ability to communicate what was seen and heard. Did the witness have the ability to understand and recount what had been perceived? Did the witness have a sound memory? What was the effect of fear or excitement on the ability of the witness to perceive clearly and to later recount the events accurately? Did the witness have a bias or at least a biased perception of the event or the parties involved? This foreshortened list of the frailties of eyewitness identification may serve as a basis for considering the comparative strengths of videotape evidence.

It cannot be forgotten that a robbery can be a terrifyingly traumatic event for the victim and witnesses. Not every witness can have the fictional James Bond's cool and unflinching ability to act and observe in the face of flying bullets and flashing knives. Even Bond might have difficulty accurately describing his would be assassin. He

nents. Elle a écrit, à la p. 455, qu'«[i] semblerait contraire aux arrêts de notre Cour (*Seaboyer et B. (K.G.)* . . .) de refuser une preuve disponible grâce au progrès technologique, tel l'enregistrement magnétoscopique, et qui est susceptible de contribuer à la recherche de la vérité».

VI. Quelques comparaisons entre la preuve par bande vidéo et la preuve par témoins oculaires

L'importance et l'utilité des bandes vidéo ont donc été reconnues. Les choses sont comme elles doivent être. Les tribunaux ont depuis longtemps reconnu les faiblesses de la preuve d'identification fournie par des témoins oculaires indépendants, honnêtes et bien intentionnés. La reconnaissance de cette faiblesse a permis de faire ressortir le besoin essentiel de contre-interroger les témoins oculaires. Il y a tellement de facteurs qui entrent en jeu lorsque l'identification repose sur un humain. En effet, il faut au moins déterminer si le témoin était physiquement dans une position lui permettant de voir l'accusé et, dans l'affirmative, si ce témoin avait une bonne vue, une bonne ouïe, ainsi que l'intelligence et la capacité requises pour communiquer ce qu'il a vu et entendu. Le témoin avait-il la capacité de comprendre et de relater ce qu'il avait perçu? Le témoin avait-il une bonne mémoire? Quel effet ont eu la crainte ou l'énervement sur la capacité du témoin de percevoir clairement les événements et de les relater plus tard fidèlement? Le témoin avait-il un préjugé en ce qui concerne les événements ou les parties en cause, ou du moins une perception partielle de ceux-ci? On peut se fonder sur cette courte énumération des faiblesses de l'identification par témoin oculaire pour examiner les forces relatives de la preuve par bande vidéo.

Il ne faut pas oublier qu'un vol qualifié peut constituer un événement terriblement traumatisant pour la victime et les témoins. Ce ne sont pas tous les témoins qui possèdent le sang froid légendaire de James Bond et son indéfectible capacité d'observer la situation et d'agir en présence des balles qui sifflent et des lames de couteau qui brillent. Même Bond pourrait avoir de la difficulté à décrire avec précision ceux qui cherchent à l'assassiner. Il pourrait certes désirer ardemment que son agres-

certainly might earnestly desire his attacker's conviction and be biased in that direction.

21

The video camera on the other hand is never subject to stress. Through tumultuous events it continues to record accurately and dispassionately all that comes before it. Although silent, it remains a constant, unbiased witness with instant and total recall of all that it observed. The trier of fact may review the evidence of this silent witness as often as desired. The tape may be stopped and studied at a critical juncture.

22

So long as the videotape is of good quality and gives a clear picture of events and the perpetrator, it may provide the best evidence of the identity of the perpetrator. It is relevant and admissible evidence that can by itself be cogent and convincing evidence on the issue of identity. Indeed, it may be the only evidence available. For example, in the course of a robbery, every eyewitness may be killed yet the video camera will steadfastly continue to impassively record the robbery and the actions of the robbers. Should a trier of fact be denied the use of the videotape because there is no intermediary in the form of a human witness to make some identification of the accused? Such a conclusion would be contrary to common sense and a totally unacceptable result. It would deny the trier of fact the use of clear, accurate and convincing evidence readily available by modern technology. The powerful and probative record provided by the videotape should not be excluded when it can provide such valuable assistance in the search for truth. In the course of their deliberations, triers of fact will make their assessment of the weight that should be accorded the evidence of the videotape just as they assess the weight of the evidence given by *viva voce* testimony.

23

It is precisely because videotape evidence can present such very clear and convincing evidence of identification that triers of fact can use it as the sole basis for the identification of the accused

seur soit déclaré coupable et avoir un parti pris en ce sens.

À l'opposé, la caméra vidéo n'est jamais soumise à la pression. Pendant des événements tumultueux, elle continue d'enregistrer fidèlement et imperturbablement tout ce qui entre dans son champ. Bien que silencieuse, elle reste un témoin constant et impartial, capable de se rappeler instantanément et totalement de tout ce qu'il a observé. Le juge des faits peut revoir la preuve fournie par ce témoin silencieux aussi souvent qu'il le désire. La bande peut être stoppée pour étudier un moment critique dans l'action.

En autant que la bande vidéo est de bonne qualité et qu'elle donne une image claire des événements et de l'auteur du crime, elle peut fournir la meilleure preuve de l'identité de ce dernier. Il s'agit d'une preuve pertinente et admissible, qui peut constituer en soi une preuve forte et convaincante en ce qui a trait à l'identité. De fait, il est possible que ce soit la seule preuve disponible. Par exemple, il est possible qu'au cours d'un vol qualifié tous les témoins oculaires soient tués, mais malgré tout la caméra vidéo continuera résolument à enregistrer de manière impassible le vol et les gestes des voleurs. Devrait-il être interdit au juge des faits de recourir à la bande vidéo parce qu'il n'y a pas d'intermédiaire, en l'occurrence un témoin humain, qui vienne identifier l'accusé? Une telle conclusion irait à l'encontre du bon sens et constituerait un résultat tout à fait inacceptable. Cela empêcherait le juge des faits d'utiliser une preuve claire, fidèle, convaincante et facilement disponible grâce à la technologie moderne. Le compte rendu éloquent et probant fourni par la bande vidéo ne devrait pas être écarté lorsqu'il peut fournir une aide aussi valable dans la recherche de la vérité. Au cours de ses délibérations, le juge des faits évaluera le poids qui doit être accordé à la preuve apportée par la bande vidéo, tout comme il évalue le poids de la preuve fournie par des témoignages de vive voix.

C'est précisément parce que la preuve par bande vidéo peut présenter une preuve d'identification aussi claire et convaincante que le juge des faits peut se fonder uniquement sur celle-ci pour identi-

before them as the perpetrator of the crime. It is clear that a trier of fact may, despite all the potential frailties, find an accused guilty beyond a reasonable doubt on the basis of the testimony of a single eyewitness. It follows that the same result may be reached with even greater certainty upon the basis of good quality video evidence. Surely, if a jury had only the videotape and the accused before them, they would be at liberty to find that the accused they see in the box was the person shown in the videotape at the scene of the crime committing the offence. If an appellate court, upon a review of the tape, is satisfied that it is of sufficient clarity and quality that it would be reasonable for the trier of fact to identify the accused as the person in the tape beyond any reasonable doubt then that decision should not be disturbed. Similarly, a judge sitting alone can identify the accused as the person depicted in the videotape.

VII. Use of Photographic Evidence in Other Jurisdictions

A. *United Kingdom*

The question as to whether a jury could, without other evidence, use a photo taken by a security camera to identify the accused arose in *R. v. Dodson*, [1984] 1 W.L.R. 971 (C.C.A.). In that case it was unanimously held that the photographs were relevant and admissible evidence that could be used by the jury to identify the accused. The position was put in this way at pp. 978-79:

We entertain no doubt that photographs taken by the process installed and operated in the branch office of the building society are admissible in evidence. They are relevant to the issues as to (a) whether an offence was committed and (b) who committed it. What is relevant is, subject to any rule of exclusion — we know of none which is applicable to this situation, prima facie admissible. . . .

fier l'accusé devant lui comme étant l'auteur du crime. Il est évident que le juge des faits peut, malgré toutes les faiblesses potentielles d'une telle preuve, conclure hors de tout doute raisonnable à la culpabilité d'un accusé en se fondant sur la déposition d'un seul témoin oculaire. Le même résultat peut être obtenu, et ce avec un degré de certitude encore plus élevé, en se fondant sur la preuve fournie par un enregistrement vidéo de bonne qualité. Si des jurés ne disposaient que d'une bande vidéo et de l'accusé devant eux, ils seraient sûrement libres de conclure que l'accusé qu'ils voient dans le box est la personne qui apparaît sur la bande vidéo et qu'on voit sur les lieux du crime en train de commettre l'infraction. Si, après avoir visionné la bande, un tribunal d'appel est convaincu qu'elle est d'une clarté et d'une qualité telles qu'il était raisonnable pour le juge des faits d'identifier, hors de tout doute raisonnable, l'accusé comme étant la personne apparaissant sur la bande, cette décision ne devrait pas être modifiée. De même, un juge siégeant seul peut identifier l'accusé comme étant la personne sur la bande vidéo.

VII. L'utilisation de la preuve photographique dans d'autres pays

A. *Royaume-Uni*

La question de savoir si un jury pouvait, en l'absence d'autre preuve, utiliser une photo prise par une caméra de sécurité afin d'identifier l'accusé s'est posée dans *R. c. Dodson*, [1984] 1 W.L.R. 971 (C.C.A.). Dans cet arrêt, il a été jugé à l'unanimité que les photos constituaient une preuve pertinente et admissible qui pouvait être utilisée par le jury pour identifier l'accusé. Cette opinion a été formulée ainsi, aux pp. 978 et 979:

[TRADUCTION] Nous n'avons aucun doute que les photos prises au moyen du système installé dans la succursale de la société de construction sont admissibles en preuve. Elles sont pertinentes à l'égard des questions de savoir a) si une infraction a été commise et b) qui l'a commise. Ce qui est pertinent est *prima facie* admissible, sous réserve des règles d'exclusion — et nous n'en connaissons aucune qui soit applicable à la présente situation . . .

Moreover, we reject the attempt here made to persuade this court to prevent a jury from looking at photographs taken by means of this technique, looking at a defendant in the dock and then to conclude if it be safe to do so that the man in the dock is the man shown in the photographs.

It is, however, imperative that a jury is warned by a judge in summing up of the perils of deciding whether by this means alone or with some form of supporting evidence a defendant has committed the crime alleged. According to the quality of photographs, change of appearance in a defendant and other considerations which may arise in a trial, the jury's task may be rendered difficult or simple in bringing about a decision either in favour of or against a defendant. So long as the jury having been brought face to face with these perils are firmly directed that to convict they must be sure that the man in the dock is the man in the photograph, we envisage no injustice arising from this manner of evaluating evidence with the aid of what the jurors' eyes tell them is a fact which they are sure exists. [Emphasis added.]

25 These conclusions were repeated and affirmed by the same court in *R. v. Downey*, [1995] 1 Cr. App. R. 547. Thus the English courts have come to the conclusion that photographic evidence may, without more, be considered by a trier of fact in determining whether the accused before them is the person appearing in the photograph. In my view, there cannot be any distinction between a still photograph and a videotape. Indeed, a videotape may well provide stronger evidence than a still photograph.

B. *United States of America*

26 The current edition of Wigmore (*Wigmore on Evidence*, vol. 3 (Chadbourn rev. 1970), § 790) indicates a change in the position of the writers of the text. Earlier editions took the position that the photograph may be admissible only as the testimony of a qualified eyewitness who, instead of giving a verbal description of what the picture portrays, adopts it as a substitute for his or her description. This was known as the "pictorial testimony" theory of photographs. However, with the

De plus, nous rejetons la tentative qui est faite en l'es-pèce en vue de persuader la cour d'empêcher les jurés de regarder les photos prises au moyen de cette technique, puis de regarder le défendeur dans le box et ensuite de conclure, s'il est sûr de le faire, que l'homme dans le box est bien celui qui apparaît sur les photos.

Il est toutefois impératif que les jurés soient informés par le juge, dans son résumé, du danger qu'il y a de décider si le défendeur a commis le crime reproché, en recourant à ce moyen seul ou avec une certaine forme de preuve à l'appui. Compte tenu de la qualité des photos, du changement d'apparence du défendeur et d'autres considérations qui peuvent entrer en jeu dans un procès, la tâche du jury de rendre une décision favorable ou défavorable au défendeur peut être rendue difficile ou simple. Dans la mesure où des jurés exposés à ce danger ont été bien avertis que, pour déclarer quelqu'un coupable, ils doivent être certains que l'homme dans le box des accusés est bien celui qui apparaît sur la photo, nous pensons qu'il ne résulte aucune injustice de cette manière d'évaluer la preuve avec l'aide de ce que les yeux des jurés leur révèlent être un fait dont ils sont sûrs de l'existence. [Je souligne.]

Ces conclusions ont été réitérées et confirmées par la même cour dans l'arrêt *R. c. Downey*, [1995] 1 Cr. App. R. 547. Ainsi, les tribunaux anglais sont arrivés à la conclusion qu'une preuve photographique peut, sans autre chose, être prise en considération par le juge des faits pour déterminer si l'accusé devant eux est bien la personne apparaissant sur la photo. À mon avis, on ne saurait faire de distinction entre une photo et une bande vidéo. De fait, il est bien possible qu'une bande vidéo fournisse une preuve plus solide qu'une photo.

B. *États-Unis d'Amérique*

L'édition actuelle de Wigmore (*Wigmore on Evidence*, vol. 3 (Chadbourn rev. 1970), § 790) indique que les auteurs du texte ont modifié leur position. Dans les éditions précédentes, on affirmait que les photos n'étaient admissibles qu'en tant que déposition d'un témoin oculaire qualifié qui, au lieu de décrire de vive voix ce que l'image représente, adoptait celle-ci en remplacement de sa description. Cette position était connue sous le nom de théorie du «témoignage par images photo-

advances in the art of photography and an increasing awareness of the evidentiary uses of photographs, the Wigmore text now recognizes that once there is an adequate assurance of the accuracy of the process producing the picture, the photograph should be received as a so-called silent witness or as a witness which "speaks for itself". The text puts the position in this way at pp. 219-21:

These consequences remain to be more fully considered. It is sufficient to note at this point that, by universal judicial concession, a map, model, or diagram, takes an evidential place simply as a non-verbal mode of expressing a witness' testimony. . . .

Upon like principles a photograph may be admissible as the testimony of a qualified witness who instead of verbalizing his knowledge of what the picture portrays, adopts it as a substitute for description with words.

This theory which has been aptly dubbed the "pictorial testimony theory of photographs", was advanced in prior editions of this work as the only theoretical basis which could justify the receipt of photographs in evidence. With later advancements in the art of photography, however, and with increasing awareness of the manifold evidentiary uses of the products of the art, it has become clear that an additional theory of admissibility of photographs is entitled to recognition. Thus, even though no human is capable of swearing that he personally perceived what a photograph purports to portray (so that it is not possible to satisfy the requirements of the "pictorial testimony" rationale) there may nevertheless be good warrant for receiving the photograph in evidence. Given an adequate foundation assuring the accuracy of the process producing it, the photograph should then be received as a so-called silent witness or as a witness which "speaks for itself."

The demands of this theory for recognition and the inadequacies of the older view to meet the modern

graphiques». Cependant, compte tenu des progrès réalisés dans l'art de la photographie et du fait que les photos sont de plus en plus utilisées en preuve, l'ouvrage de Wigmore reconnaît maintenant que, lorsqu'il existe une garantie suffisante de la fidélité du processus de production de l'image, la photo devrait être reçue en tant que témoin dit silencieux ou témoin qui «parle par lui-même». Cette position est exprimée ainsi dans l'ouvrage, aux pp. 219 à 221:

[TRADUCTION] Ces conséquences devront être étudiées de manière plus approfondie. À ce moment-ci, il suffit de signaler que, en matière de preuve, de par le fait d'une concession faite universellement par les tribunaux, les cartes, maquettes ou diagrammes jouent simplement le rôle de mode non verbal de communication de la déposition d'un témoin. . .

Sur le fondement de principes analogues, une photo peut être admissible en tant que déposition d'un témoin qualifié qui, au lieu de verbaliser ce qu'il connaît de ce que l'image représente, adopte celle-ci en lieu et place d'une description verbale.

Cette théorie, qui a avec justesse été appelée la «théorie du témoignage par images photographiques» a été avancée dans des éditions antérieures du présent ouvrage comme étant le seul fondement théorique susceptible de justifier l'admission de photos en preuve. Cependant, compte tenu des progrès réalisés depuis dans l'art de la photographie et du fait qu'on connaît de plus en plus les multiples utilisations qui sont faites, en preuve, des produits de cet art, il est devenu évident qu'il était justifié de reconnaître une autre théorie de l'admissibilité des photos. Par conséquent, même si personne n'est en mesure de venir déclarer sous serment avoir perçu personnellement ce qu'une photo est censée représenter (de sorte qu'il n'est pas possible de satisfaire aux exigences de la justification du «témoignage par l'image»), il peut néanmoins y avoir une bonne raison d'admettre la photo en preuve. S'il existe une garantie suffisante de la fidélité du processus de production de la photo, celle-ci devrait alors être admise en tant que témoin dit silencieux ou témoin qui «parle par lui-même».

La nécessité de reconnaître cette théorie et l'incapacité de l'ancienne à répondre aux besoins actuels de la

needs of forensic proof are tellingly put in the following forceful opinion:

Peters J., in *People v. Bowley*, 59 Cal. 2d 855, 859, 382 P.2d 591, 594, 31 Cal. Rptr. 471, 474-475 (1963): According to Professor Wigmore, a photograph is no more than the nonverbal expression of the witness upon whose foundation testimony its authenticity rests. (3 Wigmore, *Evidence* (3d ed. 1940) §790, pp. 174-175; *ibid.* §792, p. 178; *ibid.* §793, p. 186. See *International Union etc. v. Russell*, 264 Ala. 456, 88 So. 2d 175, 186, 62 A.L.R.2d 669.) It is merely that witness' testimony in illustrated form; a "pictorial communication of a qualified witness who uses this method of communication instead of or in addition to some other method." (3 Wigmore, *Evidence* (3d ed. 1940) §793, p. 186.) . . .

Other authorities disagree. They urge that once a proper foundation has been established as to the accuracy and authenticity of a photograph, "it speaks with a certain probative force in itself." (Scott, *Photographic Evidence* (1942) §601, p. 476.) "(P)hotographs may, under proper safeguards, not only be used to illustrate testimony, but also as photographic or silent witnesses who speak for themselves. . . . (A) picture taken with adequate equipment under proper conditions by a skilled photographer is itself substantive evidence to be weighed by the jury." (Gardner, *The Camera Goes to Court* (1946) 24 N.C.L. Rev. 233, 245. See *State v. Goyet*, 120 Vt. 12, 132 A.2d 623, 631; *A. & N. Dept. Stores v. Retail etc.* [1950] 2 D.L.R. 850; *McKelvey*, *Evidence* (5th ed. 1944) 663-664.)

Until now, this court has not been called upon to state the theory upon which photographs are admitted into evidence. (See Comment, 8 *Hastings L.J.* (1957) 310.) In doing so we recognize that photographs are useful for different purposes. When admitted merely to aid a witness in explaining his testimony they are, as Wigmore states, nothing more than the illustrated testimony of that witness. But they may also be used as probative evidence of what they depict. Used in this manner they take on the status of independent "silent" witnesses. (See *McKelvey*, *Evidence* (5th ed. 1944) §379, p. 668).

preuve en matière judiciaire sont exprimées de façon éloquente dans la vigoureuse opinion qui suit:

Le juge Peters, dans *People c. Bowley*, 59 Cal. 2d 855, 859, 382 P.2d 591, 594, 31 Cal. Rptr. 471, 474-475 (1963): Selon le professeur Wigmore, une photo n'est rien de plus que l'expression non verbale du témoin sur la preuve testimoniale duquel repose son authenticité. (3 Wigmore, *Evidence* (3^e éd. 1940) §790, pp. 174 et 175; *ibid.* §792, p. 178; *ibid.* §793, p. 186. Voir *International Union etc. c. Russell*, 264 Ala. 456, 88 So. 2d 175, 186, 62 A.L.R.2d 669.) Il s'agit simplement de la déposition de ce témoin sous forme illustrée; la «communication par l'image d'un témoin qualifié qui utilise ce mode de communication au lieu ou en plus de quelque autre méthode.» (3 Wigmore, *Evidence* (3^e éd. 1940) §793, p. 186.) . . .

D'autres auteurs et d'autres tribunaux ne sont pas d'accord. Ils insistent sur le fait que, une fois qu'a été établi un *fondement adéquat* quant à la fidélité et à l'authenticité de la photo, «celle-ci parle par elle-même avec une certaine force probante.» (Scott, *Photographic Evidence* (1942) §601, p. 476.) «(L)es photos peuvent, sous réserve de garanties appropriées, être utilisées non seulement pour illustrer un témoignage mais également en tant que témoins photographiques ou témoins silencieux parlant par eux-mêmes. . . . (L)a photo prise avec du matériel adéquat, dans de bonnes conditions par un photographe professionnel constitue elle-même une preuve de fond qui doit être appréciée par les jurés.» (Gardner, *The Camera Goes to Court* (1946) 24 N.C.L. Rev. 233, 245. Voir *State c. Goyet*, 120 Vt. 12, 132 A.2d 623, 631; *A. & N. Dept. Stores c. Retail etc.* [1950] 2 D.L.R. 850; *McKelvey*, *Evidence* (5^e éd. 1944) 663 et 664.)

Jusqu'à maintenant, notre cour n'a pas été appelée à exposer la théorie en vertu de laquelle les photos sont admises en preuve. (Voir Comment, 8 *Hastings L.J.* (1957) 310.) En le faisant, nous reconnaissons que les photos servent à diverses fins. Lorsqu'elles sont admises simplement pour aider un témoin à expliquer sa déposition, elles ne constituent, comme le dit Wigmore, rien de plus que la déposition illustrée de ce témoin. Mais elles peuvent également être utilisées en tant que preuve probante de ce qu'elles décrivent. Utilisées de cette manière, elles revêtent le statut de témoins «silencieux» indépendants. (Voir *McKelvey*, *Evidence* (5^e éd. 1944) §379, p. 668).

There is no reason why a photograph or film, like an X-ray, may not, in a proper case, be probative in itself. To hold otherwise would illogically limit the use of a device whose memory is without question more accurate and reliable than that of a human witness. It would exclude from evidence the chance picture of a crowd which on close examination shows the commission of a crime that was not seen by the photographer at the time. It would exclude from evidence pictures taken with a telescopic lens. It would exclude from evidence pictures taken by a camera set to go off when a building's door is opened at night. (See Scott, Photographic Evidence (1942) §197, pp. 211-213; Crim.L.Rev. [1957] p. 708.) We hold, therefore, that a photograph may, in a proper case, be admissible into evidence not merely as illustrated testimony of a human witness but as probative evidence in itself of what it shows. [Underlining added.]

Thus, it is apparent that there is in the United Kingdom and in the United States strong support for the position advanced in these reasons.

VIII. Summary of the Positions as to the First Issue (the Use That Can Be Made of Photographs or Videotape)

Once it is established that a videotape has not been altered or changed, and that it depicts the scene of a crime, then it becomes admissible and relevant evidence. Not only is the tape (or photograph) real evidence in the sense that that term has been used in earlier cases, but it is to a certain extent, testimonial evidence as well. It can and should be used by a trier of fact in determining whether a crime has been committed and whether the accused before the court committed the crime. It may indeed be a silent, trustworthy, unemotional, unbiased and accurate witness who has complete and instant recall of events. It may provide such strong and convincing evidence that of itself it will demonstrate clearly either the innocence or guilt of the accused.

Il n'y a pas de raison qu'une photo ou un film, telle une radiographie, ne puisse pas, dans un cas approprié, être probant en soi. Conclure autrement aurait pour effet de limiter de façon illogique l'utilisation d'un dispositif dont la mémoire est sans aucun doute plus fidèle et plus fiable que celle d'un témoin humain. Cela écarterait de la preuve une photo montrant une foule, photo qui aurait été prise au hasard et dont l'examen attentif révélerait la perpétration d'un crime que le photographe n'aurait pas vu à l'époque. Cela écarterait de la preuve des photos prises au moyen de lentilles télescopiques. Cela écarterait de la preuve les photos prises par une caméra réglée pour se déclencher lorsque la porte d'un immeuble est ouverte la nuit. (Voir Scott, Photographic Evidence (1942) §197, pp. 211 à 213; Crim.L.Rev. [1957] p. 708.) Nous concluons donc qu'une photo peut, dans les cas appropriés, être admissible en preuve non pas seulement en tant que déposition illustrée d'un témoin humain mais en tant que preuve probante en elle-même de ce qu'elle montre. [Je souligne.]

En conséquence, il existe manifestement, au Royaume-Uni et aux États-Unis, des appuis solides en faveur de la position avancée dans les présents motifs.

VIII. Résumé des positions relatives à la première question (l'utilisation qui peut être faite de photos ou d'une bande vidéo)

Une fois qu'il est prouvé qu'une bande vidéo n'a pas été retouchée ou modifiée et qu'elle décrit la scène d'un crime, elle devient alors une preuve admissible et pertinente. Non seulement la bande (ou la photo) constitue-t-elle une preuve matérielle au sens où ce terme a été utilisé dans des arrêts antérieurs, mais elle est également, dans une certaine mesure, une preuve testimoniale. Elle peut et elle devrait être utilisée par le juge des faits pour déterminer si un crime a été commis et si c'est l'accusé qui est devant la cour qui en est l'auteur. Elle peut constituer en effet un témoin silencieux, fiable, impassible, impartial et fidèle, qui se rappelle intégralement et instantanément des événements. Elle peut fournir une preuve solide et convaincante qui, par elle-même, démontrera clairement l'innocence ou la culpabilité de l'accusé.

29 The weight to be accorded that evidence can be assessed from a viewing of the videotape. The degree of clarity and quality of the tape, and to a lesser extent the length of time during which the accused appears on the videotape, will all go towards establishing the weight which a trier of fact may properly place upon the evidence. The time of depiction may not be significant for even if there are but a few frames which clearly show the perpetrator that may be sufficient to identify the accused. Particularly will this be true if the trier of fact has reviewed the tape on several occasions and stopped it to study the pertinent frames.

30 Although triers of fact are entitled to reach a conclusion as to identification based solely on videotape evidence, they must exercise care in doing so. For example, when a jury is asked to identify an accused in this manner, it is essential that clear directions be given to them as to how they are to approach this task. They should be instructed to consider carefully whether the video is of sufficient clarity and quality and shows the accused for a sufficient time to enable them to conclude that identification has been proven beyond a reasonable doubt. If it is the only evidence adduced as to identity, the jury should be reminded of this. Further, they should be told once again of the importance that, in order to convict on the basis of the videotape alone, they must be satisfied beyond a reasonable doubt that it identifies the accused.

31 The jury or trial judge sitting alone must be able to review the videotape during their deliberations. However, the viewing equipment used at that time should be the same or similar to that used during the trial. I would think that very often triers of fact will want to review the tape on more than one occasion.

32 A trial judge sitting alone must be subject to the same cautions and directions as a jury in consider-

Le poids qui doit être accordé à cette preuve peut être évalué en visionnant la bande vidéo. Le degré de clarté et la qualité de la bande, ainsi que, dans une moindre mesure, le temps durant lequel l'accusé apparaît sur la bande vidéo sont autant de facteurs qui serviront à déterminer le poids que le juge des faits peut à juste titre accorder à cette preuve. La durée de l'action sur la bande peut ne pas être un facteur important car, même s'il n'y a que quelques images montrant clairement l'auteur de l'infraction, cela peut être suffisant pour identifier l'accusé. Ce sera particulièrement vrai si le juge des faits a visionné la bande à plusieurs reprises et en a arrêté le défilement pour étudier les images pertinentes.

Bien que le juge des faits ait le droit de tirer une conclusion relativement à l'identification en se fondant uniquement sur la preuve par bande vidéo, il doit faire montre de prudence à cet égard. Par exemple, lorsqu'on demande à des jurés d'identifier un accusé de cette manière, il est essentiel de leur donner des directives claires quant à la façon dont ils doivent aborder cette tâche. Il faut leur dire d'examiner soigneusement la bande vidéo pour déterminer si elle est d'une clarté et d'une qualité suffisantes et si elle montre l'accusé pendant une période suffisante pour leur permettre de conclure que l'identification a été prouvée hors de tout doute raisonnable. S'il s'agit de la seule preuve produite relativement à l'identité de l'auteur du crime, il faudrait le rappeler aux jurés. De plus, il faudrait leur parler de nouveau de l'importance du fait que, pour déclarer l'accusé coupable sur la foi de la seule bande vidéo, ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable qu'elle identifie l'accusé.

Les jurés ou le juge siégeant seul doivent avoir la possibilité de repasser la bande vidéo durant leurs délibérations. Toutefois, le matériel de visionnement utilisé à ce moment-là devrait être le même que celui utilisé au cours du procès ou être similaire. Je suis porté à croire que, très souvent, le juge des faits voudra revoir la bande plus d'une fois.

Le juge du procès siégeant seul est assujéti aux mêmes mises en garde et directives qu'un jury

ing videotape evidence of identification. It would be helpful if, after reviewing the tape, the trial judge indicated that he or she was impressed with its clarity and quality to the extent that a finding of identity could be based upon it. This courtesy would permit Crown or particularly defence counsel to call, for example, expert evidence as to the quality of the tape or evidence as to any changes in appearance of the accused between the taking of the videotape and the trial and to prepare submissions pertaining to identification based on the tape.

IX. Application of the Criteria Pertinent to Videotape in the Case at Bar

The Court of Appeal correctly recognized that the trial judge could properly consider the videotape, which they conceded was clear and of high quality. Despite this, they appear to have concluded that there had to be some corroboration of the tape itself before the trial judge could rely upon it to identify the accused. On this point, I must respectfully disagree.

I viewed the tape and it is indeed of excellent quality and great clarity. The accused is depicted for a significant period of time. At one point, it is almost as though there was a close-up of the accused taken specifically for identification purposes. There is certainly more than adequate evidence on the tape itself from which the trial judge could determine whether or not the person before her was the one who committed the robbery. The fact that the store clerk could not identify the accused is not of great significance. When the tape is viewed, it is easy to appreciate that the clerk might not have been able to properly focus upon the identity of the robber. The violent and savagely menacing jab made by the robber with a large knife directed towards the clerk suggests that self-preservation, not identification, may very reasonably have been the clerk's prime concern at the time of the robbery. Yet, the tape remained cool, collected, unbiased and accurate. It provides as clear a

lorsqu'il examine une preuve d'identification par bande vidéo. Il serait utile que le juge du procès, après avoir visionné la bande, indique qu'il a été impressionné par sa clarté et par sa qualité au point qu'on pourrait se fonder sur la bande pour tirer une conclusion quant à l'identité de l'auteur du crime. Ce geste de courtoisie permettrait au ministère public et tout particulièrement à l'avocat de la défense de présenter, par exemple, un témoignage d'expert au sujet de la qualité de la bande ou une preuve visant à faire état de tout changement dans l'apparence de l'accusé entre le moment où la bande vidéo a été tournée et le procès, et de préparer des observations ayant trait à l'identification fondée sur la bande.

IX. Application en l'espèce des critères relatifs aux bandes vidéo

La Cour d'appel a eu raison de reconnaître que le juge du procès pouvait à juste titre tenir compte de la bande vidéo, dont elle a admis la clarté et la grande qualité. Malgré tout, elle semble avoir conclu qu'il devait exister une certaine corroboration de la bande elle-même pour que le juge du procès puisse se fonder sur celle-ci pour identifier l'accusé. En toute déférence, je dois exprimer mon désaccord sur ce point.

J'ai visionné la bande et elle est en effet d'une excellente qualité et d'une grande clarté. On y voit l'accusé pendant une période considérable. À un moment donné, il y a un gros plan de l'accusé qui semble avoir été pris spécifiquement à des fins d'identification. La bande elle-même renferme certainement une preuve plus que suffisante à partir de laquelle le juge du procès pouvait déterminer si la personne qu'elle avait devant elle était ou non celle qui avait commis le vol. Le fait que le commis du magasin ne pouvait pas identifier l'accusé n'est pas d'une grande importance. Lorsqu'on visionne la bande, on comprend facilement que le commis puisse ne pas avoir été en mesure de concentrer suffisamment son attention sur l'identité du voleur. Le fait que le voleur ait sauvagement brandi un long couteau en direction du commis indique qu'il est très raisonnable de penser que la préoccupation première de ce dernier au moment du vol était sa survie et non l'identification du

picture of the robbery today as it did when the traumatic events took place.

voleur. De son côté, cependant, l'appareil est resté calme, en possession de tous ses moyens, impartial et précis. L'image du vol que fournit la bande aujourd'hui est aussi clair qu'elle l'était au moment où les événements traumatisants sont survenus.

35 The evidence of the tape is of such clarity and strength that it was certainly open to the trial judge to conclude that the accused before her was the person depicted on the tape. The trial judge was aware of the difficulties and frailties of identification evidence and acknowledged them in her reasons. Nonetheless, she was entitled on the evidence before her to conclude beyond a reasonable doubt that the accused was guilty. There was no need for corroboration of this tape.

La preuve contenue sur la bande est tellement claire et solide qu'il était certes loisible au juge du procès de conclure que l'accusé devant elle était bien la personne sur la bande. Le juge du procès était consciente des difficultés que soulève la preuve d'identification et des faiblesses d'une telle preuve, et elle les a mentionnées dans ses motifs. Néanmoins, elle était justifiée, eu égard à la preuve dont elle disposait, de conclure hors de tout doute raisonnable que l'accusé était coupable. Il n'était pas nécessaire de corroborer la preuve fournie par la bande.

36 There was no suggestion that the tape had been tampered with or that it did not represent the commission of the crime. Indeed there was quite properly no objection to its admission. The videotape can and should speak for itself. It provided the convincing evidence upon which the trial judge could properly base her finding of fact that the accused was the person shown in the tape. The trial judge did not err in finding beyond a reasonable doubt that the accused was guilty of the robbery. It follows that I can find no basis upon which the Court of Appeal was justified in concluding that the decision of the trier of fact was unreasonable or unsafe.

Personne n'a prétendu que la bande avait été trafiquée ou qu'elle ne représentait pas la perpétration du crime. De fait, il n'y a eu aucune objection à son admission en preuve. La bande vidéo peut et devrait parler par elle-même. Elle a apporté la preuve convaincante sur laquelle le juge du procès pouvait à bon droit fonder sa conclusion de fait que l'accusé était la personne figurant sur la bande. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant hors de tout doute raisonnable que l'accusé était coupable de vol qualifié. Il s'ensuit que je ne puis trouver aucune raison qui aurait justifié la Cour d'appel de conclure que la décision du juge des faits était déraisonnable ou imprudente.

37 I would therefore allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the conviction of the respondent.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité de l'intimé.

The reasons of Sopinka and Major JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Sopinka et Major rendus par

38 SOPINKA J. (dissenting) — I have read the reasons of Cory J. and while I agree that the observation of the videotape by the trial judge who compared the videotape of the crime with the accused was evidence of identification, I agree with the unanimous decision of the Court of Appeal that, in the circumstances of this case, it was unreasonable

LE JUGE SOPINKA (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs du juge Cory et, bien que je sois d'accord pour dire que l'observation de la bande vidéo par le juge du procès qui a comparé la bande vidéo du crime avec l'accusé constituait une preuve d'identification, je souscris à la décision unanime de la Cour d'appel selon laquelle, dans

for the trial judge to convict based on her opinion alone. In order to arrive at this conclusion, it is necessary to review the evidence.

I. Facts

On May 13, 1991, at approximately 2:00 a.m., Mr. Mahmood Wahabzada was working alone at a Mac's Milk store when an individual entered the store and told him to open the cash register. The robber took about \$230 and left the store. The robber's face was not covered, but he was wearing something on his head. Mr. Wahabzada described the robber to police as hefty with a strong build, blond hair and a mustache. He said that his own height was 175 centimetres and that the robber was taller than that.

A few days after the robbery, Mr. Wahabzada was shown a series of photographs by police in an album containing 12 colour photographs. Two police officers testified about Mr. Wahabzada's comments in response to the photographs. They attributed varying degrees of certainty to his choice of photograph number 6, which was conceded to have been a photograph of the respondent, as a photograph of the man who robbed him. According to the officers, Mr. Wahabzada said, "that's him", or "He looks just like him", when pointing to number 6, but also said, "He looks a bit like him also", referring to number 8. This evidence was at variance with the evidence of Mr. Wahabzada who stated that he suspected photographs number 6, 8 and 11, but that he could be no more than 25 or 30 percent sure that any of them was the robber. He was more sure that it was number 8 than the other two. Number 6 was conceded to be a photograph of the respondent. The evidence at trial was, in part, as follows:

Q. I'm showing you an album, as you called it, having twelve pictures in it. Is this what you were shown by the officers?

les circonstances de l'espèce, il était déraisonnable que le juge du procès fonde la déclaration de culpabilité sur sa seule opinion. Pour arriver à cette conclusion, il est nécessaire d'examiner la preuve.

I. Les faits

Le 13 mai 1991, vers 2 h, M. Mahmood Wahabzada travaillait seul dans un établissement Mac's Milk lorsqu'un individu est entré et lui a dit d'ouvrir la caisse enregistreuse. Le voleur s'est emparé d'environ 230 \$, puis il est sorti du magasin. Le visage du voleur n'était pas couvert, mais il portait quelque chose sur la tête. Monsieur Wahabzada a déclaré aux policiers que le voleur était costaud, qu'il avait une forte carrure, des cheveux blonds et une moustache. Il a ajouté qu'il mesurait lui-même 175 centimètres et que le voleur était plus grand que lui.

Quelques jours après le vol qualifié, les policiers ont montré à M. Wahabzada une série de photos figurant dans un album contenant 12 photos en couleurs. Deux agents de police ont témoigné au sujet des remarques faites par M. Wahabzada à la vue des photos. Ils ont attribué divers degrés de certitude à son choix de la photo numéro 6 — qui, a-t-on concédé, était une photo de l'intimé — comme étant une photo de l'homme qui l'avait volé. Selon les agents, M. Wahabzada a dit: [TRADUCTION] «c'est lui» ou [TRADUCTION] «Il ressemble exactement à celui-là», en indiquant la photo numéro 6, mais il a aussi déclaré: [TRADUCTION] «Il ressemble également un peu à celui-là» en montrant la photo numéro 8. Ces témoignages ne concordaient pas avec la déposition de M. Wahabzada, qui avait déclaré qu'il soupçonnait les personnes apparaissant sur les photos numéros 6, 8 et 11, mais qu'il ne pouvait pas dire avec un degré de certitude dépassant 25 à 30 pour 100 si l'une d'elles était le voleur. Il était plus certain à l'égard de la photo numéro 8 que des deux autres. Il a été concédé que la photo numéro 6 était une photo de l'intimé. Voici un extrait de la preuve présentée au procès:

[TRADUCTION]

Q. Je vous montre un album, ainsi que vous l'avez appelé, contenant douze photos. Est-ce bien ce que les agents de police vous ont montré?

A. Yeah.

Q. All right. And were you able to recognize anyone, sir?

A. Yeah. I suspect this man — and either this one or this one — I think this one.

Q. All right. Do you remember what you said?

A. Yeah, I say that I suspect only twenty-five percent or thirty percent, no more than that.

Q. On which one?

A. On these both guys. Mostly this guy.

THE COURT: Middle row, Photos 6 and 8 — twenty-five percent mostly this guy, being Photo 8.

MR. COLLINS: Thank you.

THE COURT: And I'm doing 8 counting four across the top, and then 5 through 8 as the second line.

MR. COLLINS: Does the Crown confirm the judge's?

MR. VESA: Yes. He's also pointing at Number 11.

THE COURT: And he also in his first comment said this looks like, and he pointed to Number 11 as well.

MR. VESA: Q. Were you able to come to a more definite conclusion than that, sir, as to which picture?

A. I can't.

Q. Do you remember if you did on that day?

A. Mostly on this guy.

THE COURT: Mostly 8. [Emphasis added.]

R. Ouais.

Q. D'accord. Et avez-vous pu reconnaître quelqu'un, monsieur?

R. Ouais. Je soupçonne cet homme — ou un de ces deux-là — Celui-là, je pense.

Q. C'est bien. Vous souvenez-vous de ce que vous avez dit?

R. Ouais, j'ai dit que j'avais des soupçons dans une proportion de vingt-cinq ou trente pour cent seulement, pas plus que cela.

Q. À l'égard duquel?

R. De ces deux gars-là. Surtout de ce gars-là.

LA COUR: La rangée du milieu, les photos n^{os} 6 et 8 — vingt-cinq pour cent, surtout ce gars-là, soit la photo n^o 8.

M^e COLLINS: Merci.

LA COUR: Et c'est la photo 8, si je compte les quatre de la rangée du haut, et ensuite de 5 à 8 sur la deuxième rangée.

M^e COLLINS: Le ministère public confirme-t-il le juge?

M^e VESA: Oui. Il indique également la photo numéro 11.

LA COUR: De plus, dans sa première remarque, il a dit que celui-là était ressemblant et il a indiqué la photo numéro 11 également.

M^e VESA: Q. Avez-vous été capable de tirer une conclusion plus nette que cela, monsieur, quant au choix de la photo?

R. Je ne peux pas.

Q. Vous souvenez-vous si vous l'avez fait ce jour-là?

R. Surtout à l'égard de ce gars-là.

LA COUR: Surtout la photo numéro 8. [Je souligne.]

41 During his testimony at trial, Mr. Wahabzada was shown a videotape which he identified as an accurate depiction of the robbery in the store on May 13, 1991. After having reviewed the videotape, and while the respondent was seated alone in the prisoner's box, Mr. Wahabzada was asked in examination-in-chief by the Crown:

Durant sa déposition au procès, on a montré à M. Wahabzada une bande vidéo dont il a dit qu'elle décrivait fidèlement le vol qualifié survenu dans le magasin le 13 mai 1991. Après que M. Wahabzada eut visionné la bande vidéo, l'intimé étant alors assis seul dans le box des accusés, le ministère public a demandé ce qui suit à M. Wahabzada en interrogatoire principal:

Q: Do you see the man here today who robbed you that night, sir?

A: No, I don't think he is.

Q: You don't think he?

A: No.

An officer testified that when he arrested the respondent on May 22, 1991, his facial appearance was different from that in court, in that at the time of the arrest the respondent had a sparse mustache. The officer also testified that, upon being arrested, the appellant denied his involvement in the robbery and offered an alibi, stating that he had been at home with his mother and brother at the time of the robbery.

When the Crown closed its case, there was no evidence on the record of identification except the trial judge's subjective conclusion with respect to her observation of the video which, at that point, was unannounced and unknown. In these circumstances, counsel for the respondent elected to call no evidence. It was only during argument that the trial judge expressed her opinion based on her observation of the video and the respondent. Since her opinion was the only evidence of identification, these remarks concerning what she had observed became the reasons for judgment.

II. Analysis

1. *Section 686(1)(a)(i) of the Criminal Code*

In undertaking a review under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the appellate court must carefully consider all of the evidence that was before the trier of fact. As stated by a majority of this Court in *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 915:

In an appeal founded on s. 686(1)(a)(i) the court is engaged in a review of the facts. The role of the Court of Appeal is to determine whether on the facts that were

[TRADUCTION]

Q: Voyez-vous, ici, aujourd'hui, l'homme qui vous a volé cette nuit-là, Monsieur?

A: Non, je ne crois pas qu'il soit ici.

Q: Vous ne le croyez pas?

A: Non.

Un policier a témoigné que, lorsqu'il a arrêté l'intimé le 22 mai 1991, l'apparence de son visage était différente de celle qu'il avait devant la cour, étant donné que, au moment de son arrestation, l'intimé portait une moustache peu fournie. Le policier a également témoigné que, au moment de son arrestation, l'appelant a nié avoir participé au vol qualifié et a offert un alibi, déclarant qu'il se trouvait à la maison avec sa mère et son frère au moment du vol.

Lorsque le ministère public a clos sa preuve, il n'y avait aucune preuve d'identification au dossier à l'exception de la conclusion subjective du juge du procès concernant son observation de la bande vidéo, conclusion qui, à ce moment-là, n'avait pas été annoncée et n'était pas connue. Dans ces circonstances, l'avocat de l'intimé a choisi de ne présenter aucune preuve. Ce n'est que durant les plaidoiries que le juge du procès a exprimé son opinion fondée sur son observation de la bande vidéo et de l'intimé. Comme son opinion était la seule preuve d'identification, ces observations concernant ce qu'elle avait observé sont devenues les motifs du jugement.

II. Analyse

1. *Le sous-alinéa 686(1)a)(i) du Code criminel*

La cour d'appel qui entreprend une révision judiciaire en vertu du sous-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, doit examiner minutieusement tous les éléments de preuve dont disposait le juge des faits. Comme l'a déclaré notre Cour à la majorité, dans l'arrêt *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, à la p. 915:

Lors d'un appel interjeté en vertu du sous-al. 686(1)a)(i), la cour procède à un examen des faits. La fonction de la cour d'appel consiste à déterminer si,

42

43

44

before the trier of fact a jury properly instructed and acting reasonably could convict. The court reviews the evidence that was before the trier of fact and after re-examining and, to some extent, reweighing the evidence, determines whether it meets the test.

As a result, it is only where the Court has considered all of the evidence before the trier of fact and determined that a conviction cannot reasonably be supported by that evidence that the Court can invoke s. 686(1)(a)(i) and overturn the trial court's verdict.

45

This power of review by an appellate court takes on special significance in a case in which the sole issue is identification. In *R. v. Quercia* (1990), 60 C.C.C. (3d) 380 (Ont. C.A.), at p. 383, Doherty J.A., speaking for himself and Osborne J.A., stated:

This is a case in which the conviction of the appellant depends entirely on the identification of him by the victim. Where the Crown's case rests on eyewitness identification, one is always very concerned about the reliability of a finding of guilt. Legal history and data compiled by behavioural scientists demonstrate the validity of that concern: see "Pretrial Eyewitness Identification Procedures", *Law Reform Commission of Canada Study Paper* (1983), at p. 7-15. The spectre of erroneous convictions based on honest and convincing, but mistaken, eyewitness identification haunts the criminal law. That ghost hovers over this case.

Section 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* mandates limited appellate review of the sufficiency of the evidence on appeals from convictions. An appellate court must set aside a conviction if that verdict "is unreasonable or cannot be supported by the evidence". The review countenanced by s. 686(1)(a)(i) is not limited to a determination of whether there was any evidence to support the conviction . . .

46

In my view, a review of the evidence in this case makes it clear that the verdict rendered at trial was "unreasonable" within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Code*. Indeed, it would appear

d'après les faits soumis au juge des faits, un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pouvait déclarer l'accusé coupable. La cour analyse la preuve qui a été présentée au juge des faits et, après l'avoir réexaminée et, dans une certaine mesure, réévaluée, décide si la preuve satisfait à ce critère.

Par conséquent, c'est seulement lorsque la cour a examiné l'ensemble de la preuve soumise au juge des faits et déterminé qu'une déclaration de culpabilité ne peut pas raisonnablement être étayée par cette preuve que la cour peut invoquer le sous-al. 686(1)(a)(i) et infirmer le verdict du tribunal du procès.

Ce pouvoir de révision d'une cour d'appel prend une importance spéciale dans un cas où la seule question en litige est l'identification. Dans *R. c. Quercia* (1990), 60 C.C.C. (3d) 380 (C.A. Ont.), à la p. 383, le juge Doherty, en son nom et au nom du juge Osborne, a déclaré ceci:

[TRADUCTION] Il s'agit d'un cas où la déclaration de culpabilité de l'appelant dépend entièrement de son identification par la victime. Lorsque la preuve du ministère public repose sur l'identification faite par un témoin oculaire, on se préoccupe toujours beaucoup de la fiabilité d'une conclusion de culpabilité. L'histoire du droit et les données compilées par les scientifiques du comportement démontrent la validité de cette préoccupation: voir «L'identification par témoin oculaire avant le procès», *Document d'étude de la Commission de réforme du droit du Canada* (1983), à la p. 7-15. Le spectre des déclarations de culpabilité erronées, fondées sur une identification honnête et convaincante mais erronée, par des témoins oculaires, hante le droit criminel. Cette ombre plane sur la présente affaire.

Le sous-alinéa 686(1)(a)(i) du *Code criminel* exige une révision judiciaire limitée du caractère suffisant de la preuve en cas d'appels formés contre des déclarations de culpabilité. La cour d'appel doit écarter la déclaration de culpabilité si le verdict «est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve». La révision admise par le sous-al. 686(1)(a)(i) ne se limite pas à déterminer s'il y avait quelque élément de preuve à l'appui de la déclaration de culpabilité . . .

À mon avis, il ressort clairement de l'analyse de la preuve en l'espèce que le verdict rendu au procès était «déraisonnable» au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code*. De fait, il semble que l'intimé

that the respondent was convicted on the basis of very weak identification evidence, which was undermined by the evidence of the Crown's only eyewitness. In assessing the "reasonableness" of the evidentiary foundation upon which the conviction was entered, it is necessary to consider two fundamental questions. First, are the sensory observations of a trial judge, based on a review of a videotape and the appearance of the accused, admissible evidence of "identity" to support a guilty verdict? If this first question is answered in the affirmative, the Court must go on to consider whether or not the evidence of identity in this particular case was sufficient to justify the respondent's conviction.

2. Videotape Identification

The appellant relies heavily on this Court's decision in *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393. The appellant submits that *Leaney* clearly establishes that the sensory observations of a trial judge, based on a review of a videotape and observations of the accused, are admissible to prove the identity of the accused as the person who was displayed on the video screen. While I agree that the principles in *Leaney* support the appellant's position on the first question, they fail to support the "reasonableness" of the verdict rendered at trial on the facts of this case.

In *Leaney*, the accused (*Leaney*) was videotaped with his co-accused (*Rawlinson*) breaking into the Owl Drug Mart in Edmonton, Alberta. At trial, the following evidence was admitted to establish *Leaney's* "identity" as the man on the videotape:

- (a) Five police officers who had viewed the videotape affirmed that the accused were the men depicted on the tape;
- (b) *Leaney's* fingerprints and palm prints were found on "Owl Drug Mart boxes" that had been

a été déclaré coupable sur le fondement d'une preuve d'identification très faible, qui était minée par la déposition du seul témoin oculaire du ministère public. Pour évaluer le «caractère raisonnable» du fondement de preuve sur lequel la déclaration de culpabilité a été consignée, il faut examiner deux questions fondamentales. Premièrement, les observations sensorielles du juge du procès, basées sur l'examen d'une bande vidéo et de l'apparence de l'accusé, constituent-elles une preuve d'«identité» admissible pour appuyer un verdict de culpabilité? Si la réponse à la première question est affirmative, la Cour doit ensuite se demander si, dans ce cas particulier, la preuve d'identité était suffisante pour justifier la déclaration de culpabilité de l'intimé.

2. L'identification par bande vidéo

L'appelante s'appuie grandement sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393. Elle soutient que l'arrêt *Leaney* établit clairement que les observations sensorielles du juge du procès, fondées sur le visionnement d'une bande vidéo et l'observation de l'accusé, sont admissibles pour prouver l'identité de l'accusé comme étant la personne qui apparaissait sur l'écran du moniteur vidéo. Même si je conviens que les principes énoncés dans *Leaney* étayaient la thèse de l'appelante en ce qui concerne la première question, ils n'appuient pas le «caractère raisonnable» du verdict prononcé au procès à la lumière des faits de l'espèce.

Dans *Leaney*, l'accusé (*Leaney*) ainsi que son coaccusé (*Rawlinson*) ont été filmés sur bande vidéo pendant qu'ils s'introduisaient par effraction dans la pharmacie Owl Drug Mart à Edmonton (Alberta). Au procès, la preuve suivante a été admise pour «identifier» *Leaney* comme étant l'homme apparaissant sur la bande vidéo:

- a) cinq agents de police qui avaient visionné la bande vidéo ont affirmé que les accusés étaient les hommes représentés sur la bande;
- b) des empreintes digitales et des empreintes palmaires appartenant à *Leaney* ont été relevées

found in Rawlinson's apartment after the robbery;

(c) Leaney had been seen in Rawlinson's apartment the day before the robbery;

(d) Leaney and Rawlinson matched a "general description" of the culprits given by an eyewitness; and

(e) Rawlinson admitted his participation in the crime, although this admission was not evidence against Leaney.

The trial judge considered this evidence, and compared Leaney's appearance with that of the man on the videotape. In light of all of the evidence, Leaney was convicted.

49

On appeal, the Court of Appeal determined that the evidence of four of the five police officers was inadmissible as non-expert opinion concerning identity. The fifth officer (Sergeant Cessford), however, was familiar with Leaney and was able to note specific physical characteristics and idiosyncrasies of the accused that were also exhibited by the man on the videotape. The majority of the Court of Appeal held that even if the trial judge erred in admitting Cessford's evidence without first holding a *voir dire*, such an error made no difference to the outcome of the trial. The majority therefore dismissed the appeal.

50

A majority of this Court agreed with the Court of Appeal that the identification evidence given by the four policemen (other than Cessford) was inadmissible. With respect to Sergeant Cessford, the Court was of the view that his evidence was admissible notwithstanding the trial court's failure to hold a preliminary *voir dire*. The Court was of the view that the evidence of the police was unnecessary, however, given the judge's opportunity to view the video and the accused. According to the majority, at p. 414:

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 per-

sur des «boîtes marquées Owl Drug Mart» qui avaient été trouvées dans l'appartement de Rawlinson après le vol qualifié;

c) Leaney avait été vu dans l'appartement de Rawlinson le jour précédant le vol qualifié;

d) Leaney et Rawlinson correspondaient à la «description générale» des contrevenants donnée par un témoin oculaire;

e) Rawlinson a admis avoir participé au crime, bien que cet aveu n'était pas un élément de preuve contre Leaney.

Le juge du procès a analysé cette preuve et comparé l'apparence de Leaney avec celle de l'homme sur la bande vidéo. À la lumière de l'ensemble de la preuve, Leaney a été déclaré coupable.

En appel, la Cour d'appel a statué que le témoignage de quatre des cinq agents de police n'était pas admissible, car il s'agissait d'opinions sur l'identité formulées par des personnes qui n'étaient pas des experts. Cependant, le cinquième policier (le sergent Cessford) connaissait bien Leaney et a pu signaler certaines caractéristiques physiques et certaines manies de l'accusé qu'on retrouvait également chez l'homme sur la bande vidéo. La Cour d'appel à la majorité a conclu que, même si le juge du procès avait commis une erreur en admettant le témoignage de Cessford sans tenir au préalable un *voir-dire*, cette erreur n'avait eu aucune influence sur l'issue du procès. La majorité a donc rejeté l'appel.

Notre Cour, à la majorité, a été d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la preuve d'identification présentée par les quatre policiers (autres que Cessford) n'était pas admissible. Quant au sergent Cessford, notre Cour était d'avis que son témoignage était admissible malgré l'omission du juge du procès de tenir au préalable un *voir-dire*. Toutefois, notre Cour a estimé que le témoignage des policiers n'était pas nécessaire, étant donné que le juge avait eu la possibilité de visionner la bande vidéo et d'observer l'accusé. De l'avis de la majorité, à la p. 414:

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

sons 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.

The Court went on to state, at p. 415, that:

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 the persons shown on the video screen.

The Court concluded that since the observations of the trial judge were not tainted by the inadmissible identification evidence of the police officers, these observations together with the other admissible evidence justified the application of s. 686(1)(b)(iii) (formerly s. 613(1)(b)(iii)). At page 416, McLachlin J., for the majority, states:

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. [Emphasis added.]

Accordingly, *Leaney* does not support the proposition that reliance by a trial judge on his or her own observations unaided by other evidence is reasonable.

Leaney does support the proposition that the judge's observations are evidence, and were in that case cogent evidence, that might have survived an attack under s. 686(1)(a)(i). It is useful to contrast the quality of the video identification evidence in *Leaney* with the evidence in this case.

In *Leaney*, the trial judge had reviewed the tape repeatedly and spent 16 days at trial observing Mr. Leaney's appearance. In rendering his decision, the

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.

La Cour a poursuivi ainsi, à la p. 415:

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'infirme pas la conclusion du juge que Leaney est l'une des personnes apparaissant à l'écran.

La Cour a conclu que, comme les observations effectuées par le juge du procès n'étaient pas entachées par la preuve d'identification inadmissible des agents de police, ces observations, conjuguées à l'autre preuve admissible, justifiaient l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) (l'ancien sous-al. 613(1)(b)(iii)). À la page 416, le juge McLachlin a dit ceci, au nom de la majorité:

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. [Je souligne.]

Par conséquent, l'arrêt *Leaney* n'étaye pas la proposition selon laquelle il est raisonnable que le juge du procès s'appuie sur ses propres observations, sans l'aide d'autres éléments de preuve.

L'arrêt *Leaney* étaye cependant la proposition selon laquelle les observations effectuées par le juge sont des éléments de preuve et constituaient, dans cette affaire, une preuve forte, qui aurait pu résister à une contestation fondée sur le sous-al. 686(1)(a)(i). Il est utile de comparer la qualité de la preuve d'identification par bande vidéo disponible dans *Leaney* avec la preuve en l'espèce.

Dans *Leaney*, le juge du procès avait visionné la bande à plusieurs reprises et il avait pu observer l'apparence de M. Leaney pendant les 16 jours du

trial judge in *Leaney* made the following observations in support of his conclusion that the accused was the man on the videotape:

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 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.

The thoroughness of the comparison made between the accused and the tape in *Leaney* was stressed in this Court's comments on the quality of the evidence. As McLachlin J. stated at p. 414:

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.

Clearly, the detailed observations made in *Leaney* stand in contrast to the remarks made by the judge in the instant case. After a trial that was completed in one day, and after having viewed the

procès. En rendant sa décision, le juge du procès dans *Leaney* a formulé les observations suivantes au soutien de sa conclusion que l'accusé était l'homme sur la bande vidéo:

[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 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.

Le caractère approfondi de la comparaison entre l'accusé et la personne sur la bande dans *Leaney* a été souligné dans les commentaires faits par notre Cour relativement à la qualité de la preuve. Comme l'a mentionné le juge McLachlin, à la p. 414:

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.

Manifestement, les observations détaillées faites dans *Leaney* se distinguent des remarques faites par le juge dans la présente instance. Au terme d'un procès qui n'a duré qu'une journée et après

30-second video only once, the trial judge made the following "observations":

I looked at that video, and I looked at it very carefully, and I can honestly tell you there is no doubt in my mind that the man who committed that robbery on that video was your client.

How can I disregard that? I don't need glasses.

This particular video tape is very clear. The lighting is very good. The man is in the camera for long enough to make a careful observation. And the issue of beyond a reasonable doubt is when I'm obliged to make a decision, and I cannot ignore what my eyes tell me, and my eyes tell me, and there's no dispute this isn't a video tape of the robbery, that the person who committed that robbery is Mr. Nikolovski, and I can't ignore that and I can't say well — I don't see how I can ignore that properly.

Unlike the trial judge's decision in *Leaney*, the trial judge in this case made no reference to specific characteristics of the man on the videotape that conformed to the appearance of the accused. Generally, testimony by a person not acquainted with the accused that the accused is the culprit without any description of identifying features of appearance such as colouring of the skin or hair, complexion, facial features, height, weight, age and clothing is little more than an expression of opinion and is generally accorded little weight. See *R. v. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241 (Ont. C.A.), at p. 249. Moreover, the trial judge in this case lacked the assurance of confirmatory evidence (such as the cap and fingerprints in *Leaney*) that would have supported her observations of the video and the accused.

avoir visionné une seule fois la bande vidéo de 30 secondes, le juge du procès a formulé les «observations» suivantes:

[TRADUCTION] J'ai regardé la bande vidéo, je l'ai regardée très attentivement, et je puis vous dire honnêtement qu'il n'y a aucun doute dans mon esprit que l'homme qui a commis le vol sur cette bande vidéo était votre client.

Comment pourrais-je en faire abstraction? Je n'ai pas besoin de lunettes.

La bande vidéo en l'espèce est très claire. L'éclairage est très bon. L'homme se trouve dans le champ de la caméra assez longtemps pour qu'on puisse l'observer attentivement. Et la question de la conviction hors de tout doute raisonnable se pose lorsque je suis obligée de rendre une décision, et je ne peux pas faire abstraction de ce que mes yeux me disent, et mes yeux me disent — d'ailleurs, personne ne prétend qu'il ne s'agit pas d'une bande vidéo du vol — que la personne qui a commis le vol est M. Nikolovski, et je ne peux pas faire abstraction de ce fait et je ne peux guère dire — je ne vois pas comment je pourrais, à juste titre, en faire abstraction.

Contrairement à la décision du juge du procès dans *Leaney*, le juge du procès en l'espèce n'a pas fait mention de caractéristiques particulières de l'homme sur la bande vidéo qui correspondaient à l'apparence de l'accusé. En règle générale, lorsqu'une personne qui ne connaît pas l'accusé témoigne que ce dernier est le coupable, sans décrire certains traits caractéristiques comme la couleur de sa peau ou de ses cheveux, son teint, les traits de son visage, sa taille, son poids, son âge et ses vêtements, ce témoignage n'est guère plus que l'expression d'une opinion à laquelle il est généralement accordé peu de poids. Voir *R. c. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241 (C.A. Ont.), à la p. 249. De plus, dans le présent cas, le juge du procès ne disposait pas de l'assurance apportée par une preuve corroborante (comme la casquette et les empreintes digitales dans *Leaney*) qui aurait étayé ses observations de la bande vidéo et de l'accusé.

56

Not only did the trial judge's observations not have any support in the evidence but, more importantly, the judge's observations were actually contradicted by the evidence of the only person who actually witnessed the crime. Mr. Wahabzada, the victim of the robbery, had viewed his assailant "in the flesh" and effectively testified that Mr. Nikolovski was not the villain. Like the trial judge, Mr. Wahabzada viewed the 30-second tape of the crime in question, and was present in the courtroom and able to make careful observation of the accused. Despite this opportunity to view the accused and the tape, Mr. Wahabzada was unable to conclude that the accused was the man on the video. Indeed, Mr. Wahabzada went so far as to say that the villain was not present in the courtroom, while the accused was seated alone in the prisoner's box.

57

In addition to the other frailties to which I have referred, it is significant that the judge's observations are entirely untested by cross-examination. Cross-examination in identification is of special importance. Here, not only was there no opportunity to cross-examine, but the substance of the judge's observations was unknown until the case for both the Crown and defence was closed. Not only are the judge's subjective observations not tested by cross-examination but they cannot be tested on appeal. In order to evaluate the reasonableness of the evidence upon which a trier of fact relies, the Court of Appeal must be able to examine all the evidence. All we can do is see one side of a coin that has two sides. All the assurances about the clarity of the video are of no avail if we cannot see the person with whom the comparison is being made.

58

In summary, this conviction was based on evidence that amounted to no more than the untested opinion of the trial judge which was contradicted by other evidence that the trial judge did not reject.

Non seulement les observations du juge du procès ne trouvent aucun appui dans la preuve, mais, fait plus important, ses observations ont de fait été contredites par la déposition de la seule personne qui a concrètement été témoin du crime. Monsieur Wahabzada, la victime du vol qualifié, avait vu son agresseur «en chair et en os» et a effectivement déclaré sous serment que M. Nikolovski n'était pas le malfaiteur. Tout comme le juge du procès, M. Wahabzada a visionné la bande d'une durée de 30 secondes montrant le crime en question, et il se trouvait dans la salle d'audience où il pouvait observer attentivement l'accusé. Malgré la possibilité qu'il a eue d'examiner l'accusé et la bande, M. Wahabzada a été incapable de conclure que l'accusé était l'homme apparaissant sur la bande vidéo. De fait, M. Wahabzada est allé jusqu'à dire que le malfaiteur n'était pas présent dans la salle d'audience, alors que l'accusé était assis seul dans le box.

En plus des autres faiblesses dont j'ai fait mention, il est important de signaler que les observations du juge n'ont aucunement subi l'épreuve du contre-interrogatoire. En matière d'identification, le contre-interrogatoire revêt une importance particulière. En l'espèce, non seulement n'y avait-il aucune possibilité de procéder à un contre-interrogatoire, mais la teneur même des observations du juge n'a été connue qu'une fois que le ministère public et la défense eurent clos leur preuve. Non seulement les observations subjectives du juge n'ont pas subi l'épreuve du contre-interrogatoire, mais elles ne peuvent pas être contrôlées en appel. Pour évaluer le caractère raisonnable de la preuve sur laquelle le juge des faits s'appuie, la Cour d'appel doit être capable d'examiner l'ensemble de la preuve. Tout ce que nous sommes en mesure de faire c'est d'observer un côté seulement d'une médaille qui en compte deux. Toutes les assurances données au sujet de la clarté de la bande vidéo sont inutiles si nous ne pouvons pas voir la personne avec laquelle la comparaison est établie.

En résumé, la présente déclaration de culpabilité était fondée sur une preuve qui n'était rien de plus que l'opinion non contrôlée du juge du procès, opinion qui a été contredite par d'autres éléments de

This included evidence that the victim, a few days after the robbery, identified a person other than the accused as the more likely perpetrator of the crime. The trial judge simply relied on her own observations, the accuracy of which we are not in a position to assess. Having regard for the inherent frailties in identification evidence, I conclude that the conviction rests on a shaky foundation and is unsafe and unsatisfactory. I am satisfied that the verdict is unreasonable and cannot be supported by the evidence.

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the respondent: John Collins, Toronto.

preuve que le juge du procès n'a pas rejetés, notamment la preuve que, quelques jours après le vol, la victime a identifié une autre personne que l'accusé comme étant plus vraisemblablement l'auteur du crime. Le juge du procès s'est tout simplement fondée sur ses propres observations, dont nous ne sommes pas en mesure d'apprécier l'exactitude. Compte tenu des faiblesses inhérentes à la preuve d'identification, je conclus que la déclaration de culpabilité repose sur des fondements peu solides et qu'elle est imprudente et insatisfaisante. Je suis convaincu que le verdict est déraisonnable et qu'il ne peut pas s'appuyer sur la preuve.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges SOPINKA et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intimé: John Collins, Toronto.