

Tomas Yebes *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. YEBES

File No.: 19236.

1986: December 16; 1987: September 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA*Criminal law — Appeal — Unreasonable verdict — Test — Accused convicted of murder on circumstantial evidence — Interpretation and application of s. 613(1)(a)(i) of the Criminal Code.**Criminal law — Evidence — Sufficiency — Charge of murder — Evidence of motive and opportunity — Whether accused had exclusive opportunity to commit crime.**Criminal law — Calling of witnesses — Murder conviction — Whether Crown failed to call a material witness.**Criminal law — Appeals to the Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Questions of law — Accused's appeal based on s. 613(1)(a)(i) of the Criminal Code dismissed by Court of Appeal — Whether s. 613(1)(a)(i) raises a question of law which can be reviewed by the Supreme Court under s. 618 of the Criminal Code.*

Appellant was charged with first degree murder for the death of his two adopted sons. As a consequence of his wife's difficulties in adapting to the two boys' presence in the family, appellant had agreed to leave the family home with them. Throughout the separation, the entire family continued to meet but little progress towards reunification was made. His wife still felt that she could not manage with the boys in the family. According to appellant's testimony, one night, after a family supper, he told his wife that he could no longer support two houses and that they had to come back together. She became upset but finally gave him the impression that she accepted. The wife and two daughters left around 8:00 p.m. At that time, the two boys were already in bed. Appellant went to bed upstairs sometime after 10:00 p.m. and was later awakened by the smell of smoke. He went downstairs and found the

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Tomas Yebes *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. YEBES

N° du greffe: 19236.

1986: 16 décembre; 1987: 17 septembre.

b

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

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

c

Droit criminel — Appel — Verdict déraisonnable — Critère — Accusé déclaré coupable de meurtre d'après une preuve circonstancielle — Interprétation et application de l'art. 613(1)(a)(i) du Code criminel.

d

Droit criminel — Preuve — Suffisance — Accusation de meurtre — Preuve de mobile et d'occasion — L'accusé a-t-il eu une occasion exclusive de commettre le crime?

e

Droit criminel — Citation des témoins à comparaître — Condamnation pour meurtre — Le ministère public a-t-il omis de citer un témoin essentiel?

f

Droit criminel — Pourvois à la Cour suprême du Canada — Compétence — Questions de droit — Rejet par la Cour d'appel de l'appel de l'accusé fondé sur l'art. 613(1)(a)(i) du Code criminel — L'article 613(1)(a)(i) soulève-t-il une question de droit qui peut être examinée par la Cour suprême aux termes de l'art. 618 du Code criminel?

g

L'appellant a été accusé de meurtre au premier degré relativement au décès de ses deux fils adoptifs. Par suite des difficultés de son épouse à s'adapter à la présence des deux garçons dans la famille, l'appellant a convenu de quitter la maison familiale avec eux. Toute la famille a continué à se rencontrer pendant la séparation, mais très peu de progrès ont été faits en vue d'une réunion. Son épouse croyait toujours ne pas pouvoir s'habituer à la présence des garçons dans la famille. Selon le témoignage de l'appellant, un soir, après un souper de famille, il a dit à son épouse qu'il ne pouvait plus subvenir aux besoins de deux foyers et qu'ils devaient se réinstaller ensemble. Elle s'est fâchée, mais finalement lui a donné l'impression qu'elle avait accepté. L'épouse et les deux filles sont parties vers 20 h. À ce moment-là, les deux garçons étaient déjà au lit. L'appellant est monté se coucher vers 22 h et plus tard a été réveillé par une

* Le juge Chouinard n'a pas pris part au jugement.

two boys lying dead on a burning mattress. A police officer arrived shortly after appellant's call at 1:00 a.m. and found the front door unlocked—a fact presumably known by the appellant since he made no attempt to open the door to the officer.

At trial, a fire expert testified that the fire had been deliberately set and a pathologist gave evidence that the two boys were dead before the fire began but he was unable to determine the precise cause of the death. He estimated the time of death between 10:00 p.m. and 12:30 a.m. Appellant gave evidence on his own behalf and adduced character evidence to the effect that he was a kind and affectionate father who appeared to be genuinely interested in the welfare of the two boys. Appellant's wife did not testify.

Convicted of second degree murder, appellant appealed to the Court of Appeal pursuant to s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. This section enables a court of appeal to allow an appeal from conviction "where it is of the opinion that the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence". A majority of that Court dismissed the appeal. The present appeal is to determine (1) whether the Court of Appeal failed to apply the correct test for s. 613(1)(a)(i) of the *Code* where, as here, the evidence against the appellant is entirely circumstantial; and (2) whether the Court erred in failing to consider the absence of a material witness—appellant's wife—in determining whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered.

Held: The appeal should be dismissed.

Under s. 613(1)(a)(i) of the *Code*, a court of appeal is required to decide whether the verdict of the jury was unreasonable. While this involves a reconsideration of the facts, it also requires the court to resolve a question of law by giving legal content to the concept of "unreasonable". The application of the proviso thus always involves a question of law and it is reviewable in this Court on appeal under s. 618 of the *Criminal Code*.

The function of a court of appeal, under s. 613(1)(a)(i) of the *Code*, goes beyond merely finding that there is evidence to support a conviction. The court must determine on the whole of the evidence "whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered". While the

odeur de fumée. Il est descendu et a trouvé les deux garçons couchés sans vie sur un matelas en feu. Un agent de police est arrivé peu après l'appel vers une heure du matin et a remarqué que la porte avant n'était pas verrouillée, ce que l'appelant savait probablement puisqu'il n'a pas tenté d'ouvrir la porte à l'agent.

Au procès, un expert en matière d'incendie a déposé que l'incendie avait été allumé de manière délibérée et un pathologiste a témoigné que les deux garçons étaient morts avant le début de l'incendie, mais il n'a pu déterminer la cause exacte du décès. Il a évalué l'heure du décès entre 22 h et minuit trente. L'appelant a témoigné pour son propre compte et a présenté une preuve de moralité selon laquelle il était un père aimable et affectueux qui paraissait être véritablement intéressé au bien-être des deux garçons. L'épouse de l'appelant n'a pas témoigné.

Déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, l'appelant a interjeté appel à la Cour d'appel en se fondant sur le sous-al. 613(1)a(i) du *Code criminel*. Cet article permet à une cour d'appel d'admettre l'appel d'une déclaration de culpabilité «si elle est d'avis que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve». La Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel. Le présent pourvoi a pour but de déterminer (1) si la Cour d'appel a omis d'appliquer le critère approprié relativement au sous-al. 613(1)a(i) du *Code* lorsque, comme en l'espèce, la preuve contre l'appelant est entièrement circonstancielle, et (2) si la Cour a commis une erreur en ne tenant pas compte de l'absence d'un témoin important, l'épouse de l'appelant, pour déterminer si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Aux termes du sous-al. 613(1)a(i) du *Code*, une cour d'appel est tenue de décider si le verdict du jury était déraisonnable. Bien que cela comporte un nouvel examen des faits, la cour doit également résoudre une question de droit en donnant un contenu juridique à la notion du caractère «déraisonnable». L'application de la disposition comporte donc toujours une question de droit et elle est révisable par cette Cour dans le cadre d'un pourvoi fondé sur l'art. 618 du *Code criminel*.

La fonction d'une cour d'appel, aux termes du sous-al. 613(1)a(i) du *Code* dépasse la simple conclusion qu'il y a des éléments de preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité. La cour doit déterminer d'après l'ensemble de la preuve «si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une

court of appeal must not merely substitute its view for that of the jury, in order to apply the test the court must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence. This process is the same whether the case is based on circumstantial or direct evidence. In the Court of Appeal, the majority found that there was sufficient evidence to justify the verdict and rejected all rational inferences offering an alternative to the conclusion of guilt. It is therefore clear that the law was correctly understood and applied.

This Court, in considering an appeal where the sole issue raised is the application of s. 613(1)(a)(i), must put itself in the place of the Court of Appeal and, pursuant to the powers given in s. 623(1) of the *Code*, consider the matter anew and, if error be found, make such order as the Court of Appeal should have made. Where it is shown that a crime has been committed and the incriminating evidence against the accused is primarily evidence of opportunity, the guilt of the accused is not the only rational inference which can be drawn unless the accused had exclusive opportunity. In a case where evidence of opportunity is accompanied by other inculpatory evidence, something less than exclusive opportunity may suffice. In the present case, a review of the evidence indicated that there was evidence upon which a properly charged jury could reasonably have reached the conclusion that appellant had a motive to kill the boys and that he had exclusive opportunity to do so. There was no evidence of the presence of any other persons, save the two boys, in the house that evening.

Finally, appellant's contention that the Crown failed to call a witness, his wife, essential to the unfolding of the narrative must fail. While the Crown may not be required to call a given witness, the Crown's failure to call a witness may leave a gap in its case which will leave the Crown's burden of proof undischarged and entitle the accused to an acquittal. In this case, however, the assumption that appellant's wife had something to say to complete the narrative rests on nothing more than speculation as there was no evidence that she was present or possessed any knowledge of what occurred.

manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre». Bien que la cour d'appel ne doive pas simplement substituer son opinion à celle du jury, afin d'appliquer le critère elle doit réexaminer l'effet de la preuve et aussi, dans une certaine mesure, la réévaluer. Ce processus est le même que l'affaire soit fondée sur une preuve circonstancielle ou une preuve directe. En appel, les juges de la majorité ont conclu qu'il y avait suffisamment de preuve pour justifier le verdict et ont rejeté toute déduction rationnelle offrant un autre choix que la conclusion de culpabilité. Par conséquent, il est évident que le droit a été bien interprété et bien appliqué.

Lorsque cette Cour examine un pourvoi ou la seule question soulevée porte sur l'application du sous-al. 613(1)(a)(i), elle doit se mettre à la place de la Cour d'appel et, en conformité des pouvoirs attribués dans le par. 623(1) du *Code*, examiner la question de nouveau et, s'il y a une erreur, rendre l'ordonnance que la Cour d'appel aurait dû rendre. Lorsqu'il est démontré qu'un crime a été commis et que les éléments de preuve incriminants retenus contre l'accusé ont principalement trait à l'occasion, la culpabilité de l'accusé n'est pas la seule déduction rationnelle qui peut en être tirée à moins que l'accusé n'ait eu une occasion exclusive de toute autre possibilité. Dans une affaire où la preuve de l'occasion est accompagnée d'autres éléments de preuve incriminants, une occasion qui n'exclut pas tout à fait une autre possibilité peut suffire. En l'espèce, un examen de la preuve indique qu'on a présenté des éléments de preuve qui permettaient à un jury qui a reçu les directives appropriées de tirer raisonnablement la conclusion que l'appellant avait un mobile pour tuer les garçons et qu'il a eu une occasion de le faire qui exclut toute autre possibilité. Il n'y a aucun élément de preuve de la présence de qui que ce soit d'autre, outre les deux garçons, dans la maison ce soir-là.

Finalement, l'argument de l'appellant selon lequel le ministère public n'a pas cité un témoin, son épouse, essentiel pour la narration de l'histoire doit également échouer. Bien que le ministère public ne puisse pas être tenu de citer un témoin donné, l'omission de le faire peut créer une faille dans sa preuve, ce qui fera en sorte que le ministère public ne se sera pas déchargé de son fardeau de la preuve et permettra à l'accusé de demander un acquittement. Toutefois, en l'espèce l'argument selon lequel l'épouse de l'appellant avait quelque chose à dire pour compléter la narration des événements ne repose sur rien d'autre que la spéculation et il n'y a aucun élément de preuve qui indique qu'elle était présente ou savait ce qui s'était produit.

Cases Cited

Applied: *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; **referred to:** *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *R. v. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37; *R. v. MacFarlane* (1981), 61 C.C.C. (2d) 458; *R. v. Monteleone* (1982), 67 C.C.C. (2d) 489; *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518; *Imrich v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 622.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1)(a)(i), 618 [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18], 623(1).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal rendered February 5, 1985, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.

Thomas R. Braidwood, Q.C., for the appellant.

John E. Hall, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant was found guilty before a judge and jury of murdering his two adopted children. He appeals to this Court on the ground that the verdict should be set aside, pursuant to s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code* which enables a court of appeal to allow an appeal against a conviction “where it is of the opinion that the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence”. The issue before this Court, then, is the proper interpretation and application of s. 613(1)(a)(i) of the *Code*.

The appellant, Tomas Yebes, a hairdresser, and his wife, Elvira, lived in the municipality of Surrey, near Vancouver, with their two daughters, one born in 1971 and the other in 1973. For some time, Mr. and Mrs. Yebes had been concerned with the plight of young children in the poorer countries of the world, and in 1977 they began lengthy procedures aimed at the adoption of two Chilean children. In 1979, two boys were brought to Canada to reside with the Yebes family with a view to formal adoption. One boy, named Gabriel,

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; **arrêts mentionnés:** *Lemay v. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *R. v. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37; *R. v. MacFarlane* (1981), 61 C.C.C. (2d) 458; *R. v. Monteleone* (1982), 67 C.C.C. (2d) 489; *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518; *Imrich c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 622.

b Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)(a)(i), 618 [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 18], 623(1).

c POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rendu le 5 février 1985 qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

d *Thomas R. Braidwood, c.r.*, pour l'appellant.

John E. Hall, c.r., pour l'intimée.

e Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appellant a été déclaré coupable devant un juge et un jury du meurtre de ses deux enfants adoptifs. Il a formé un pourvoi devant cette Cour pour le motif que le verdict devrait être annulé aux termes du sous-al. 613(1)(a)(i) du *Code criminel* qui permet à une cour d'appel d'admettre l'appel d'une déclaration de culpabilité «si elle est d'avis que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve». La question posée à cette Cour porte donc sur l'interprétation et l'application appropriées du sous-al. 613(1)(a)(i) du *Code*.

h L'appellant, Tomas Yebes, un coiffeur, et son épouse, Elvira, vivaient dans la municipalité de Surrey près de Vancouver avec leurs deux filles, l'une née en 1971 et l'autre en 1973. Depuis un certain temps, M. et M^{me} Yebes se préoccupaient du triste sort des jeunes enfants dans les pays plus pauvres et, en 1977, ils ont entrepris de longues procédures pour adopter deux enfants chiliens. En 1979, deux garçons ont été amenés au Canada pour vivre avec la famille Yebes en vue de leur adoption officielle. Gabriel, un des garçons, était

was born in September 1974, and the other, Yerko (Tommy), in September 1975. The boys, it appears, did not fit as readily into their new home as had been hoped. Mrs. Yebees complained of difficulties with the boys because they would not accept and comply with the rules she had established for the family. Mr. Yebees thought that his wife was too strict in her management of the boys. These differences led to increasing domestic conflict and, in July 1981, both Mr. and Mrs. Yebees sought the assistance of a psychiatrist. Professional assistance did not, however, resolve their problems. In September of 1981, at about the time the boys were formally adopted, Mrs. Yebees had reached the stage where she could no longer tolerate the boys in her home and the couple agreed to separate for a period of three to six months. Mrs. Yebees remained in the family home with the two daughters, and Mr. Yebees moved with the two boys to a rented town house in a housing development a short distance from the family home. Mr. Yebees assumed responsibility for the maintenance of the boys and for paying the rent on the town house, the mortgage on the family home, and the utility bills. In addition, he saw to the care of the boys, preparing their meals, insuring they attended school, and arranging for day care when he was busy at work. Mrs. Yebees drew upon her savings to maintain herself and the two girls.

Throughout the separation the entire family continued to meet. There were family dinners and visits, but there was little progress toward a complete reunion and both Mr. and Mrs. Yebees were worried and concerned about the situation. It seems that they both wanted to end the separation but Mrs. Yebees was apprehensive about the boys. She did not feel that she could manage with them in the family and expressed the wish that they be readopted. On January 28, 1982, Mr. Yebees made inquiries regarding readoption and upon learning that there would be delays and difficulties, asked a family support worker to give him a letter saying that the boys could not be readopted. This, he explained, might persuade Mrs. Yebees to accept

né en septembre 1974 et l'autre, Yerko (Tommy), en septembre 1975. Les garçons ne se sont apparemment pas intégrés aussi facilement que l'on espérait dans leur nouveau foyer. Madame Yebees s'est plainte des difficultés qu'elle éprouvait avec les garçons parce que ceux-ci n'acceptaient pas les règles qu'elle avait établies pour la famille et ne s'y conformaient pas. Monsieur Yebees a pensé que son épouse était trop stricte avec les garçons. Ces différends ont fini par dégénérer en un véritable conflit familial et, en juillet 1981, M. et M^{me} Yebees ont demandé l'aide d'un psychiatre. Toutefois, cette aide professionnelle ne leur a pas permis de résoudre leurs problèmes. En septembre 1981, au moment où les garçons ont été adoptés officiellement, M^{me} Yebees était rendue au point où elle ne pouvait désormais plus tolérer leur présence dans sa maison et le couple a convenu de se séparer pendant une période de trois à six mois. Madame Yebees est demeurée dans la maison familiale avec les deux filles et M. Yebees a déménagé avec les deux garçons dans une maison en rangée située dans un projet domiciliaire à une courte distance de la maison familiale. Monsieur Yebees a assumé la responsabilité de l'entretien des garçons, du loyer de la maison en rangée, de l'hypothèque de la maison familiale et des factures des services publics. De plus, il s'est occupé des garçons, en préparant leurs repas, en veillant à ce qu'ils fréquentent l'école et il s'est occupé de les faire garder pendant son travail. Madame Yebees a puisé dans ses économies pour subvenir à ses besoins et à ceux des deux filles.

Toute la famille a continué à se voir pendant la séparation. Il y a eu des dîners de famille et des visites, mais très peu de progrès ont été faits en vue d'une réunion complète et la situation inquiétait et préoccupait à la fois M. et M^{me} Yebees. Il semble qu'ils voulaient tous deux mettre fin à la séparation, mais M^{me} Yebees redoutait la présence des garçons. Elle ne croyait pas pouvoir s'habituer à leur présence dans la famille et a exprimé le désir qu'ils soient remis en adoption. Le 28 janvier 1982, M. Yebees s'est renseigné au sujet de la remise en adoption et, après avoir appris qu'il y aurait des délais et des problèmes, il a demandé à un travailleur familial de lui donner une lettre indiquant que les garçons ne pouvaient être remis en adoption.

the boys and allow the family to be reunited. The period of separation was approaching six months and Mr. Yebe admitted that he had to move back soon with his wife because the lease on his town house was going to expire at the end of February.

This was the state of affairs on February 23, 1982. According to the evidence, Mr. Yebe and his wife had planned a supper for the whole family at the town house that night. Mr. Yebe picked the boys up at the day care centre at about 6:00 p.m. and took them home to the town house. Mrs. Yebe and the two girls arrived at about 6:10 p.m. The family had supper at about 6:30 p.m. and then Yebe and his wife went to the bedroom and talked for half an hour about the domestic situation they were facing. Yebe described the conversation with his wife in his testimony at trial in these words:

I told my wife that we have to come back together. The reason for it was that I told her that financially we cannot stay separate. I could not support two households for much longer. I told her that there is no way. We had to come together, and she started to cry, and she got mad, upset, but she calmed down and she did give me the impression that she accepted what I told her. Thereafter we came down.

Mrs. Yebe left the town house between 8:00 and 8:05 p.m. to attend a single parents' meeting somewhere in Surrey. She took the two girls with her and there is no evidence whatever of her presence in the town house after her departure until she returned at Yebe's request after the police had arrived and the bodies of the two boys had been discovered.

According to Yebe's evidence, the boys were already in bed when his wife and two daughters left the town house at about 8:00 p.m. Tommy, the younger, was sleeping in the upstairs bedroom which adjoined Yebe's bedroom and Gabriel was sleeping downstairs on a mattress in a small utility room. The boys had formerly slept in bunk beds in the upstairs bedroom but, according to Yebe, he

Ceci, a-t-il expliqué, convaincrait peut-être M^{me} Yebe d'accepter les garçons et de faire en sorte que la famille soit réunie. Cela faisait bientôt six mois qu'ils étaient séparés et M. Yebe a admis qu'il devait bientôt se réinstaller avec son épouse parce que le bail de sa maison en rangée expirait à la fin de février.

Voilà la situation au 23 février 1982. Selon la preuve, M. Yebe et son épouse avaient organisé un souper pour toute la famille ce soir-là, à la maison en rangée. Monsieur Yebe est allé chercher les garçons à la garderie vers 18 h et les a ramenés à la maison en rangée. Madame Yebe et les deux filles sont arrivées vers 18 h 10. La famille a soupé vers 18 h 30 et ensuite Yebe et son épouse sont allés dans la chambre à coucher et ont parlé pendant une demi-heure de leur situation familiale. Au procès, Yebe a décrit dans son témoignage la conversation qu'il a eue avec son épouse de la manière suivante:

[TRADUCTION] J'ai dit à mon épouse que nous devons nous réinstaller ensemble. Je lui ai dit que pour des raisons financières nous ne pouvions demeurer séparés. Je ne pouvais plus subvenir aux besoins de deux foyers pendant longtemps. Je lui ai dit qu'il n'y avait pas d'autres solutions. Nous devons nous réinstaller ensemble et elle s'est mise à pleurer puis s'est fâchée, mais s'est calmée et m'a donné l'impression qu'elle avait accepté ce que je lui avais dit. Ensuite, nous sommes redescendus.

Madame Yebe a quitté la maison en rangée entre 20 h et 20 h 05 pour assister à une rencontre de chefs de familles monoparentales quelque part à Surrey. Elle a emmené les deux filles avec elle et il n'y a aucun élément de preuve de sa présence dans la maison en rangée après son départ jusqu'au moment où elle est revenue à la demande de Yebe après l'arrivée de la police et la découverte des corps des deux garçons.

Selon le témoignage de Yebe, les garçons étaient déjà au lit lorsque son épouse et ses deux filles ont quitté la maison en rangée vers 20 h. Tommy, le cadet, dormait à l'étage dans la chambre voisine de celle de Yebe et Gabriel dormait au rez-de-chaussée sur un matelas dans une petite pièce de rangement. Auparavant, les garçons dormaient dans des lits superposés à l'étage mais,

found it necessary to separate them because they kept each other awake when together. Yebes said that he went to bed at about 10:00 p.m. in the main upstairs bedroom. He put on a stereo headset with a long lead running downstairs to the stereo set, so he could listen to music while in bed. He went downstairs at about 10:45 p.m. to change the tape. He returned and after awhile fell asleep, only to be later awakened by a noise. Thinking it was one of the boys going to the bathroom or one of the neighbours in an adjoining apartment, he went back to sleep. Aroused a second time by the smell of smoke, he went downstairs to see if it was caused by his pipe and found the room full of smoke. He went to the utility room where the boy, Gabriel, was sleeping, and was able to push open the door. Inside, he saw the two boys lying on a burning mattress. They were covered and it appeared as if they had made no move to escape. He tried to pull one of the boys out but upon reaching the living-room he noticed that the boy's body was stiff and lifeless. He then called the police.

The police call was received by Sergeant Shaw, of the R.C.M.P., at 1:00 a.m. on February 24. He arrived at the town house within minutes of the call. When Shaw arrived, Yebes was at a window on the second level of the building shouting, "In here, in here". The police officer entered by the front door which he found to be closed but unlocked, a fact presumably known to Yebes, since he made no attempt to open the door for the officer. The police officer immediately proceeded up a flight of steps to the second level and into the living-room which was filled with smoke. He at once saw one of the boys outside the door of the utility room. The boy was obviously dead. He looked into the utility room and saw the second boy, also dead, face down on the mattress. The mattress was still on fire with a noticeable flame. While the officer was making these observations, Yebes was on the telephone speaking to his wife. Shaw heard him say to her, "They're dead, they're dead".

Another police officer, Constable Harrington, arrived, followed by firemen who extinguished the

selon Yebes, il a jugé qu'il était nécessaire de les séparer parce qu'ils se gardaient éveillés l'un l'autre. Yebes a dit qu'il est allé se coucher vers 22 h dans la chambre principale à l'étage. Il a mis un casque d'écoute muni d'un long fil qui allait au rez-de-chaussée jusqu'à l'appareil stéréo pour écouter de la musique au lit. Il est descendu vers 22 h 45 pour changer le ruban magnétique. Il est revenu à sa chambre et après un certain temps s'est endormi pour se réveiller plus tard en entendant un bruit. Pensant qu'il s'agissait d'un des garçons qui allait à la salle de bains ou l'un des voisins dans un appartement mitoyen, il s'est endormi. Éveillé une deuxième fois par une odeur de fumée, il est descendu pensant qu'il s'agissait de sa pipe et a constaté que la pièce était remplie de fumée. Il est allé vers la pièce de rangement où Gabriel dormait et a pu ouvrir la porte. À l'intérieur, il a vu les deux garçons couchés sur le matelas en feu. Ils étaient sous les draps et semblaient ne pas avoir tenté de s'échapper. Il a essayé de tirer un des garçons à l'extérieur mais, rendu dans le salon, il a remarqué que le corps du garçon était raide et sans vie. Il a alors appelé la police.

Le sergent Shaw de la G.R.C. a reçu l'appel vers une heure du matin le 24 février. Il est arrivé quelques minutes plus tard. À son arrivée, Yebes était à une fenêtre à l'étage et criait [TRADUCTION] «C'est ici, c'est ici». L'agent est entré par la porte avant qui était fermée mais non verrouillée, ce que Yebes savait probablement, puisqu'il n'a pas tenté d'ouvrir la porte à l'agent. L'agent de police a immédiatement monté l'escalier qui menait à l'étage et au salon qui était rempli de fumée. Il a tout de suite remarqué que l'un des garçons était à l'extérieur de la pièce de rangement. De toute évidence, le garçon était mort. Il a regardé à l'intérieur de la pièce de rangement et a vu que le deuxième garçon mort, lui aussi, était couché à plat ventre sur le matelas. Le matelas était toujours en feu avec des flammes visibles. Pendant que l'agent faisait ces constatations, Yebes parlait avec son épouse au téléphone. Shaw l'a entendu lui dire, [TRADUCTION] «Ils sont morts, ils sont morts».

Un autre policier, l'agent Harrington, est arrivé avec les pompiers qui ont éteint le matelas en feu.

fire in the mattress. Harrington observed that Mr. Yebes was confused and detached. Mrs. Yebes arrived and spoke to Mr. Yebes for about ten minutes. Following this conversation, Mr. Yebes was escorted by Harrington to a police car in order to make a statement. After making the statement, Yebes indicated that his hands and feet had been burned in the attempt to rescue the boys, and Harrington took him to a hospital for treatment.

In the further course of the investigation, the police found a dry bloodstain permeating the bedclothes on the upstairs bed where Tommy slept. Later, tests revealed that the blood was consistent with Tommy's blood type. They also found a damp stain in the bed. Sergeant Shaw thought it was urine, but this was never confirmed because the police laboratory was not equipped to test for urine. A butane lighter was found downstairs in the utility room. The lighter was open in a position which allowed the butane gas to escape. The lighter sparked when first tested, but it did not produce a flame. It was then filled with butane from a container on the mantelpiece and tested again. It ignited immediately producing a six-inch flame. When the lighter was shown to Mr. Yebes he acknowledged that it was his, but stated that "it did not work for [a] long time". At trial he explained that he had said this because the lighter leaked butane gas and normally became empty half an hour after filling.

At trial, a fire expert, Mr. Hardman, was called to give evidence on the cause of fire. He concluded that the fire had been deliberately set. He testified that the burn pattern on the mattress indicated that fire had not started at a single location and spread. Rather, it had started at three separate locations. The burn pattern revealed further that the fire had been started using a flammable liquid accelerant, such as gasoline, paint thinner or alcohol, although no container was found in or about the premises. Mr. Hardman was satisfied that the fire could not have been caused by the

Harrington a remarqué que M. Yebes semblait perdu et indifférent. Madame Yebes est arrivée et a parlé à M. Yebes pendant environ dix minutes. Après cette conversation, Harrington a escorté M. Yebes jusqu'à une voiture de police pour qu'il fasse une déclaration. Après avoir fait sa déclaration, Yebes a fait remarquer qu'il s'était brûlé aux mains et aux pieds en tentant de secourir les garçons et Harrington l'a emmené à l'hôpital pour qu'il soit soigné.

Au cours de l'enquête, les policiers ont découvert une tache de sang séchée imprégnant sur les draps du lit où Tommy dormait à l'étage. Par la suite, des examens ont indiqué que le sang correspondait à la formule sanguine de Tommy. Ils ont également découvert une tache humide dans le lit. Le sergent Shaw a cru qu'il s'agissait d'urine, mais cela n'a jamais été confirmé parce que le laboratoire de la police n'était pas équipé pour faire un examen d'urine. Les policiers ont trouvé un briquet au butane au rez-de-chaussée dans la pièce de rangement. Le briquet était ouvert dans une position qui permettait au gaz butane de s'échapper. Le briquet a fait des étincelles lorsqu'on l'a essayé, mais il n'a pas produit de flamme. On l'a ensuite rempli de butane à l'aide d'un contenant placé sur la cheminée et on l'a essayé à nouveau. Il s'est allumé immédiatement et a produit une flamme de six pouces. Lorsqu'on a montré le briquet à M. Yebes, il a reconnu que c'était le sien, mais a déclaré qu'[TRADUCTION] «il ne fonctionnait pas depuis longtemps». Au procès, il a expliqué qu'il avait dit cela parce que le briquet avait une fuite et normalement se vidait une demi-heure après le plein de butane.

Au procès, un expert en matière d'incendie, M. Hardman, a été cité comme témoin au sujet de la cause de l'incendie. Il a conclu que l'incendie avait été allumé de manière délibérée. Il a déposé que la brûlure sur le matelas indiquait que le feu n'avait pas débuté à un seul endroit pour se répandre. Il avait plutôt été mis à trois endroits distincts. La forme de la brûlure indiquait en outre que le feu avait été allumé au moyen d'un catalyseur liquide inflammable, comme de l'essence, du diluant pour peinture ou de l'alcool, bien qu'on n'ait trouvé aucun contenant sur les lieux ou alentour. Mon-

butane lighter alone. He also concluded that there was no evidence that the fire had been an explosive or flash fire.

Further expert evidence clearly proved that the two boys were dead before the fire began. Fire tests were conducted in the utility room by burning a mattress under controlled conditions. These tests indicated that the fire of February 23 would have produced large quantities of carbon monoxide, hydrogen cyanide and soot within a few minutes of starting. A toxicologist examined samples of blood taken from the boys and found only minute traces, not exceeding normally expected levels, of carbon monoxide in the hemoglobin and no traces of hydrogen cyanide. He also tested the blood for a wide range of poisons and drugs and found none. An autopsy was performed on the two boys on February 24, 1982. The pathologist, Doctor Cave, examined the mouths, throats and lungs of the children and found no evidence of carbon particles or staining. He also found no evidence of searing or singeing of the bodies consistent with death caused by a flash fire. Based on his findings and the findings of the toxicologist, Doctor Cave concluded that the boys must have been dead before the fire started. Although Doctor Cave could rule out fire as the cause of death, he could not determine the exact cause of death because of the condition of the bodies. There was no evidence to suggest that the boys had died of natural causes and the circumstances alone seemed to rule out this possibility. However, Doctor Cave was able to state that the condition of the bodies was consistent with death by asphyxiation. Doctor Cave made an attempt to estimate the time of death by an examination of the stomach contents. He said that this was an imprecise method of determining the time of death but, based on his findings, he considered it unlikely that the boys were alive four to six hours after their last meal. The evidence established that their last meal had been eaten at about 6:30 p.m., which puts the time of death at

sieur Hardman était convaincu que l'incendie n'avait pas pu être causé uniquement par le briquet au butane. Il a également conclu qu'il n'y avait aucun élément de preuve que l'incendie soit dû à une explosion ou à une inflammation subite.

D'autres témoignages d'experts ont clairement établi que les deux garçons étaient morts avant le début de l'incendie. On a effectué des tests d'incendie dans la pièce de rangement en brûlant un matelas dans des conditions contrôlées. Ces tests ont révélé que l'incendie du 23 février aurait produit une grande quantité de monoxyde de carbone, de cyanure d'hydrogène et de suie quelques minutes après avoir été allumé. Un toxicologue a examiné les échantillons de sang prélevés sur les garçons et n'a trouvé que de très petites traces, qui n'excédaient pas les niveaux normaux, de monoxyde de carbone dans l'hémoglobine et aucune trace de cyanure d'hydrogène. Il a également examiné le sang pour découvrir la présence d'une grande gamme de poisons et de drogues et n'en a trouvé aucun. Le 24 février 1982, on a effectué une autopsie sur les corps des deux garçons. Le pathologiste, le Dr Cave, a examiné la bouche, la gorge et les poumons des enfants et n'a trouvé aucune trace de particules ou de taches de carbone. De plus, il n'a trouvé aucune indication de calcination des corps, ce qui se produit lorsque la mort est causée par un feu à inflammation subite. En se fondant sur ses constatations et celles du toxicologue, le Dr Cave a conclu que les garçons devaient être morts avant le début de l'incendie. Bien que le Dr Cave ait pu exclure le feu comme cause du décès, il n'a pu en déterminer la cause exacte en raison de l'état des corps. Aucun élément de preuve ne laissait penser que les garçons étaient morts de cause naturelle et les circonstances elles-mêmes semblaient écarter cette possibilité. Toutefois, le Dr Cave a été en mesure de déclarer que l'état des corps était compatible avec un décès par asphyxie. Le docteur Cave a tenté d'évaluer l'heure du décès par l'examen du contenu de l'estomac. Il a dit qu'il s'agissait d'une méthode imprécise pour déterminer le moment du décès mais, en se fondant sur ses constatations, il a estimé qu'il était peu probable que les garçons aient été en vie quatre à six heures après leur dernier repas. La preuve a démontré que leur dernier repas avait été

not later than 12:30 a.m. and possibly before 10:30 p.m.

When the police learned that the boys had not died in the fire they immediately interviewed both Mr. and Mrs. Yebe. Mr. Yebe was distraught at the outset of the interview and became more upset as he described the discovery of the bodies. When the police officer, Sergeant Tilley, told him that the evidence indicated that the boys had not died as a result of the fire, Mr. Yebe completely broke down.

Evidence was also led at trial of an event which occurred on February 7, 1982, approximately two weeks before the death of the boys. Mr. Yebe called the police that night and complained of a fire in the boys' bedroom which adjoined his own room. When a police officer arrived he found a candle on a plate in the bedroom and evidence that a fire had occurred. The boys explained that the fire had been caused by a "monster" who had been in the room. The officer examined the premises and found no evidence of entry through the doors or windows. He also examined the outside fence which could have been used by an intruder to gain access to the bedroom window, but the new frost on the fence had not been disturbed. He concluded that the boys had been playing with fire and had told the tale of the monster to avoid reprimand.

There is one further piece of evidence which should be noted. At trial, Mr. Yebe was asked whether or not he had locked his front door on the evening the boys died. Mr. Yebe replied that, while he could not specifically recall locking the door that night, he locked the door every night and therefore believed that he would have locked it that night as well. He was then asked whether he had unlocked the door at any time that night and he answered that he had not. From this evidence, one would have expected the door to be locked when Sergeant Shaw first arrived that night and, more importantly, one would have expected Yebe to believe the door was locked. And yet, when

pris vers 18 h 30 ce qui place le moment du décès au plus tard à minuit trente et peut-être avant 22 h 30.

^a Lorsque les policiers ont appris que les garçons n'étaient pas décédés des suites de l'incendie, ils ont immédiatement interrogé M. et M^{me} Yebe. Le bouleversement de M. Yebe au début de l'interrogatoire s'est encore aggravé lorsqu'il a décrit sa découverte des corps. Lorsque l'agent de police, le sergent Tilley, lui a dit que les éléments de preuve indiquaient que les garçons n'étaient pas décédés à cause de l'incendie, M. Yebe s'est complètement effondré.

^c Au procès, on a également présenté des éléments de preuve relatifs à un événement qui s'est produit le 7 février 1982, environ deux semaines avant le décès des garçons. Monsieur Yebe a appelé la police cette nuit-là pour se plaindre qu'un feu avait été allumé dans la chambre des garçons voisine de la sienne. Lorsqu'un agent de police est arrivé, il a trouvé une chandelle sur un plateau dans la chambre et des indications montrant il y avait eu un feu. ^e Les garçons ont expliqué que le feu avait été allumé par un «monstre» qui se trouvait dans la chambre. L'agent a examiné les lieux et n'a trouvé aucune indication d'effraction par les portes ou les fenêtres. ^f Il a également examiné la clôture à l'extérieur qui aurait pu avoir été utilisée par un intrus pour avoir accès à la fenêtre de la chambre, mais la nouvelle couche de gel sur la clôture était intacte. ^g Il a conclu que les garçons avaient joué avec le feu et avaient raconté l'histoire du monstre pour éviter d'être réprimandés.

Un autre élément de preuve mérite d'être souligné. Au procès, on a demandé à M. Yebe s'il avait verrouillé la porte avant le soir du décès des garçons. Monsieur Yebe a répondu que, bien qu'il ne pût précisément se souvenir d'avoir verrouillé la porte ce soir-là, il verrouillait la porte chaque soir et, par conséquent, il croyait qu'il avait dû la verrouiller cette nuit-là également. On lui a alors demandé s'il avait ouvert la porte à un moment donné cette nuit-là et il a répondu par la négative. D'après cet élément de preuve, on aurait pu s'attendre à ce que la porte ait été verrouillée lorsque le sergent Shaw est arrivé cette nuit-là et, ce qui est plus important, on aurait pu s'attendre à ce que

Shaw arrived the door was unlocked and Yebes appeared to know the door was unlocked since he made no move to go downstairs to let the officer inside. Instead, from the second floor he simply shouted to the officer, "In here, in here".

Yebes was charged with two counts of first degree murder arising out of the death of the two boys. He was convicted of second degree murder on each count before Wallace J. and a jury. He gave evidence on his own behalf and adduced character evidence to the effect that he was a kind and affectionate father who appeared to be genuinely interested in the welfare of the two boys. The evidence also disclosed the efforts made by Yebes and his wife to adopt and care for the boys. Mrs. Yebes did not give evidence at the trial.

An appeal to the Court of Appeal of British Columbia (Craig, Macdonald and Hutcheon J.J.A.) was dismissed with Hutcheon J.A. dissenting. The sole ground of appeal in the Court of Appeal was that the verdict should be set aside on the ground that it was unreasonable or that it could not be supported on the evidence, pursuant to s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. Craig J.A. followed *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275, and stated that the test under s. 613(1)(a)(i) is "whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered". He found that the verdict was reasonable, stating:

Although I think that the jury could reasonably conclude that Yebes did have a motive for unlawfully causing the death of the two boys in this case, I think, also, that the jury could reasonably conclude that regardless of motive Yebes had exclusive opportunity to commit the crime. Motive is immaterial if the opportunity to commit the crime is shown to have been exclusive: *Imrich v. The Queen* (1977) 75 D.L.R. (3d) 244.

He further rejected the submission of counsel for the appellant that the Crown could not rely on the proposition of exclusive opportunity because it had

Yebes croie que la porte était verrouillée. Toutefois, lorsque Shaw est arrivé, la porte n'était pas verrouillée et Yebes paraissait le savoir puisqu'il n'est pas descendu pour faire entrer le policier.

^a Plutôt, il a simplement crié de l'étage à l'agent, [TRADUCTION] «C'est ici, c'est ici».

Yebes a été accusé en vertu de deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré par suite du décès des deux garçons. Il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré relativement à chaque chef devant le juge Wallace siégeant avec un jury. Il a témoigné pour son propre compte et a présenté une preuve de moralité selon laquelle il était un père attentionné et affectueux qui paraissait être véritablement intéressé au bien-être des deux garçons. La preuve a également révélé les efforts que Yebes et son épouse ont déployés pour adopter les garçons et s'occuper d'eux. Madame Yebes n'a pas témoigné au procès.

L'appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, composée des juges Craig, Macdonald et Hutcheon, a été rejeté, le juge Hutcheon étant dissident. Le seul moyen d'appel invoqué en Cour d'appel portait que le verdict aurait dû être rejeté pour le motif qu'il était déraisonnable ou qu'il ne pouvait s'appuyer sur la preuve, aux termes du sous-al. 613(1)a(i) du *Code criminel*. Le juge Craig a suivi l'arrêt *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275, et a dit que le critère qui découle du sous-al. 613(1)a(i) est de savoir «si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre». Il a conclu que le verdict était raisonnable en déclarant:

[TRADUCTION] Bien que je croie que le jury aurait pu raisonnablement conclure que Yebes avait un mobile pour causer la mort des deux garçons en l'espèce, je crois également que le jury pouvait raisonnablement conclure que, peu importe le mobile, l'occasion que Yebes a eue de commettre le crime excluait toute autre possibilité. Le mobile est sans importance si l'on démontre que l'occasion de commettre le crime exclut toute autre possibilité: *Imrich v. The Queen* (1977) 75 D.L.R. (3d) 244.

Il a en outre rejeté l'argument de l'avocat de l'appelant selon lequel le ministère public ne pouvait se fonder sur l'argument de l'occasion exclu-

failed to call Mrs. Yebe. Following *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, he stated:

... counsel acting for the prosecution has a complete discretion as to what witnesses he will call and that a court will not interfere with the exercise of this discretion " ... unless perhaps it could be shown that the prosecutor had been influenced by some oblique motive" (Kerwin, J. at p. 240), or "... so long as he exercises it fairly ... " (Davey, J.A. in *R. v. Haase* (1965) 45 C.R. 113 at 119). Defence counsel did not at trial, or on appeal, suggest that in not calling Mrs. Yebe as a witness Crown counsel "... influenced by some oblique motive ..." had exercised his discretion unfairly.

Macdonald J.A. agreed that *Corbett, supra*, was the governing decision in the case although he expressed concern about the apparent discrepancies in the statements of the test for s. 613(1)(a)(i) found in Pigeon J.'s judgment. He stated that:

As to this appeal, I agree with Mr. Justice Craig that 12 reasonable jurors, acting judicially, could have found the appellant guilty of murder of the boys. I would only add this with respect to the element of opportunity. The following statement from the respondent's factum, with the additional words of mine which are underlined, is valid:

"The reality of the situation here was that only the accused was present in this self-contained suite with the two children. There can be no realism to any suggestion that an individual could break into or enter the house, accomplish the death of the children, place them on a mattress and set the fire. There is no suggestion in the evidence that any such event or events occurred nor indeed could they occur without the accused being aware of the commotion such actions would cause."

Hutcheon J.A., in dissent, also saw *Corbett* as the governing decision but, like Macdonald J.A., found Pigeon J.'s statement of the law to be somewhat unclear. In *Corbett*, Pigeon J. stated, at p. 279, that the test under s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code* is whether "the verdict is such that no twelve reasonable men could possibly have reached it acting judicially". Later, at p. 282, he stated that the test is "whether the verdict is one

sive de toute autre possibilité parce qu'il n'avait pas cité M^{me} Yebe. Suivant l'arrêt *Lemay v. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232, a dit:

[TRADUCTION] ... l'avocat de la poursuite est complètement libre de décider quels témoins il doit citer et la Cour ne doit pas entraver l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire « ... à moins qu'on puisse démontrer que le poursuivant a agi ainsi pour des motifs détournés » (le juge Kerwin à la p. 240), ou « ... dans la mesure où il l'exerce de manière équitable ... » (le juge Davey dans *R. v. Haase* (1965), 45 C.R. 113 à la p. 119). L'avocat de la défense n'a pas laissé entendre au procès ou en appel que, en ne citant pas M^{me} Yebe comme témoin, le substitut « ... influencé par des motifs détournés ... » a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière non équitable.

Le juge Macdonald a convenu que l'arrêt *Corbett*, précité, était l'arrêt applicable en l'espèce bien qu'il ait exprimé des doutes au sujet des différences apparentes dans les formulations du critère relatif au sous-al. 613(1)a)(i) qui se trouvent dans la décision du juge Pigeon. Il a dit que:

[TRADUCTION] En ce qui a trait au présent appel, je conviens avec le juge Craig que douze jurés raisonnables, agissant d'une manière judiciaire, auraient pu trouver l'appelant coupable du meurtre des garçons. Je désirerais ajouter une seule observation à l'égard de l'élément de l'occasion. La déclaration suivante tirée du mémoire de l'intimé, à laquelle j'ai ajouté les mots qui sont soulignés, est valide:

«La réalité en l'espèce est que seul l'accusé était présent dans cette maison avec les deux enfants. On ne peut avec réalisme suggérer qu'une personne a pu entrer par effraction ou simplement entrer dans la maison, commettre le meurtre des enfants, les placer sur un matelas et allumer l'incendie. Rien dans la preuve ne laisse entendre qu'un tel événement ou série d'événements se soient produits ni même qu'ils aient pu se produire sans que l'accusé n'ait eu connaissance du bruit produit par ces actes.»

Le juge Hutcheon, dissident, a également admis que l'arrêt *Corbett* s'appliquait mais, comme le juge Macdonald, il a conclu que la déclaration du juge Pigeon sur le droit était quelque peu imprécise. Dans l'arrêt *Corbett*, le juge Pigeon a dit à la p. 279 que le critère du sous-al. 613(1)a)(i) du *Code criminel* est de savoir si «le verdict est tel qu'aucun jury composé de douze hommes raisonnables jugeant de façon judiciaire n'aurait pu

that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered". Hutcheon J.A. thought that the word "possibly" in the first formulation was inappropriate and he adopted Pigeon J.'s second formulation as a more faithful rendition of the law. Applying this test, he concluded that the jury's verdict was unreasonable. He was of the view that evidence of motive was insignificant and that there was insufficient evidence to justify a finding of exclusive opportunity on the part of Yebes. In conclusion, he stated that "the cumulative effect of the facts on which motive and opportunity are based does not support" the proposition that Yebes' guilt was the only rational inference to be drawn from the evidence.

In this Court, the appellant raised three grounds of appeal but they may be conveniently expressed in two propositions. First, the Court of Appeal failed to apply the correct test for s. 613(1)(a)(i) of the *Code* where, as here, the evidence against the appellant is entirely circumstantial. Secondly, the Court erred in failing to consider the absence of a material witness (Mrs. Yebes) in determining whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. No attack was made against the trial judge's charge to the jury.

As a general proposition, the verdict at trial will stand where there is evidence before the jury going in proof of all elements of the offence and where the trial judge has properly charged the jury on all matters of law which arise in the case and has made such references to the evidence as may be necessary to facilitate the application of the law to the facts. However, s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code* provides an additional basis for the challenging of the verdict at trial. A court of appeal may allow an appeal against a conviction where it is of

aboutir au verdict rendu». Plus loin, à la p. 282, il a dit que le critère est de savoir «si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.» Le juge Hutcheon a pensé que le terme «possibly» dans la version anglaise du premier énoncé n'était pas approprié et il a adopté le deuxième énoncé du juge Pigeon comme étant un énoncé plus fidèle du droit. Appliquant ce critère, il a conclu que le verdict du jury était déraisonnable. Il a exprimé l'avis que la preuve du mobile n'était pas importante et qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier de conclure que Yebes a eu une occasion de commettre le crime exclusive de toute autre possibilité. Finalement, il a dit que [TRADUCTION] «l'effet cumulatif des faits sur lesquels sont fondés le mobile et l'occasion de commettre le crime n'appuie pas» la proposition que la culpabilité de Yebes constituait la seule déduction rationnelle qui pouvait se dégager de la preuve.

Devant cette Cour, l'appelant a soulevé trois moyens, mais ils peuvent être plus commodément exprimés en deux propositions. D'abord, la Cour d'appel n'a pas appliqué le bon critère relativement au sous-al. 613(1)a)(i) du *Code* lorsque, comme en l'espèce, la preuve contre l'appelant est entièrement circonstancielle. Ensuite, la Cour a commis une erreur en ne tenant pas compte de l'absence d'un témoin important (M^{me} Yebes) pour déterminer si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. L'exposé du juge du procès au jury n'a pas été contesté.

En règle générale, le verdict prononcé au procès sera maintenu lorsqu'on aura présenté au jury des éléments de preuve qui démontrent tous les éléments de l'infraction et lorsque le juge du procès aura donné des directives appropriées au jury sur toutes les questions de droit qui sont soulevées dans l'affaire et aura fait les renvois à la preuve qui sont nécessaires pour faciliter l'application du droit aux faits. Toutefois, le sous-al. 613(1)a)(i) du *Code criminel* prévoit un moyen additionnel pour contester le verdict prononcé au procès. Une

the opinion that the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence. It may be thought that this subsection does not in a strict sense raise a question of law which would give a right to appeal to this Court under s. 618(1)(a) of the *Code*. Indeed, the respondent Crown asserted in its factum that there was no point of law dividing the minority and the majority of the Court of Appeal in this case. This argument was not, however, strongly pressed on the hearing of the appeal and, in my view, cannot be sustained. It is frequently difficult to draw a clear line between a question of law and a question of fact. While the law can be stated in isolation from the facts, abstract statements of law unconnected to facts are vague and elusive. Even when two judges state the law in precisely the same terms each may actually differ in his understanding of the law and the requirements for its application. Therefore, whether or not an appeal raises a question of law can only be determined after an examination of both the statements of law and the application of the law to the facts in the courts below. Under s. 613(1)(a)(i) of the *Code*, a court of appeal is required to decide whether the verdict of the jury was unreasonable. While this involves a reconsideration of the facts, it also requires the court to resolve a question of law by giving legal content to the concept of "unreasonable". This same point was made recently by this Court in *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, where the Court was called upon to determine whether a question of law is raised by the proviso in s. 613(1)(b)(iii) which allows the Court to dismiss an appeal notwithstanding an error of law at trial, provided that "no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred". Speaking for Laskin C.J., Ritchie and Estey JJ., and myself, I stated, at pp. 852-53, that:

The authorities which have been referred to make it clear, in my view, that this Court has long considered that the application of the proviso involves a question of law and it has entertained appeals where error in its application has been alleged. It has been shown that the

cour d'appel peut accueillir l'appel d'une déclaration de culpabilité si elle est d'avis que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve. On peut croire que ce sous-alinéa dans un sens strict ne soulève pas une question de droit qui accorderait un droit d'appel devant cette Cour aux termes de l'al. 618(1)a) du *Code*. De fait, le ministère public intimé a soutenu dans son mémoire que les trois juges de la Cour d'appel étaient d'accord sur tous les points de droit. Toutefois, il n'a pas insisté sur cet argument à l'audition du pourvoi et, à mon avis, il ne peut être soutenu. Il est souvent difficile d'établir clairement une distinction entre une question de droit et une question de fait. Bien que le droit puisse être énoncé de manière isolée par rapport aux faits, les principes abstraits de droit qui ne sont pas reliés aux faits sont vagues et flous. Même lorsque deux juges exposent des principes de droit en utilisant exactement les mêmes termes, chacun peut en réalité avoir une interprétation différente du droit et des exigences relatives à son application. Par conséquent, la question de savoir si un appel soulève une question de droit ne peut être tranchée qu'après un examen des principes de droit et l'application du droit aux faits par les cours d'instance inférieure. Aux termes du sous-al. 613(1)a)(i) du *Code*, la Cour d'appel est tenue de décider si le verdict du jury est déraisonnable. Bien que cela comporte un nouvel examen des faits, la cour doit également résoudre une question de droit en donnant un contenu juridique à la notion du caractère «déraisonnable». C'est ce qu'a conclu récemment cette Cour dans l'affaire *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, dans lequel on lui demandait de trancher la question de savoir si une question de droit était soulevée par la disposition du sous-al. 613(1)b)(iii) qui permet à la Cour de rejeter un appel nonobstant une erreur de droit commise au procès, à la condition «qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne [se soit] produit». Parlant au nom du juge en chef Laskin, des juges Ritchie et Estey et en mon nom personnel, j'ai dit, aux pp. 852 et 853:

La jurisprudence citée indique clairement, à mon avis, que cette Cour considère depuis longtemps que l'application de la disposition comporte une question de droit et elle a entendu des pourvois où on alléguait qu'une erreur avait été commise en l'appliquant. On a démontré que la

proviso may be applied only following a legal determination that errors have been made at trial, but that "no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred", and then only according to a strict legal test. The determination of what will constitute a substantial wrong or miscarriage of justice must involve the construction of those words in the context in which they are used in the Statute, and such statutory construction has long been considered a matter of law. The Court's decision involves an analysis of the rights accorded by law to an accused and the measurement of the impact of the errors which were made at trial. Once an appellant establishes in the Court of Appeal that errors of law were made at his trial he becomes entitled to have his appeal allowed and a new trial or an acquittal, depending on the circumstances, unless the proviso is applied to annul those rights. The Court of Appeal must consider the errors against the background of the whole trial. While a reconsideration of the evidence is involved, clearly the inquiry goes far beyond the determination of matters of fact. The Court of Appeal must give substance to the concept of "miscarriage of justice" and this involves a legal determination. For all the above reasons, I am of the opinion that the application of the proviso must always involve a question of law and it is reviewable in this Court on appeal under s. 618 of the *Criminal Code*. [Emphasis added.]

Lamer J., speaking for Dickson J. (as he then was) and himself, stated, at pp. 857-58, that:

In my view, this Court has through judicial pronouncements defined the application of s. 613(1)(b)(iii) into a question of law. Indeed, the section suggests, when considered alone, that the decision by the Court of Appeal is one of mixed fact and law. But this Court has required as a prerequisite to the courts of appeal applying the proviso of s. 613(1)(b)(iii) that they first make a finding that no jury properly charged could reasonably acquit. (Reference to, amongst others, Spence J. in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.) Such a finding is, in my opinion, no less a decision on a question of law than that made by a trial judge before directing a verdict of acquittal when he comes to the conclusion that "in view of the dubious nature of the evidence" no jury could reasonably convict. (*R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396.)

disposition ne peut être appliquée que par suite d'une décision en droit selon laquelle des erreurs ont été commises au procès mais qu'«aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit», et alors seulement selon un critère juridique strict. La détermination de ce qui constitue un tort important ou une erreur judiciaire grave doit comporter l'interprétation de ces termes en fonction du contexte dans lequel ils sont employés dans le *Code* et une telle interprétation du *Code* est considérée depuis longtemps comme une question de droit. La décision de la Cour comporte une analyse des droits dont l'accusé jouit en vertu de la loi et une appréciation de l'effet des erreurs commises au procès. Dès qu'un appelant établit en cour d'appel que des erreurs de droit ont été commises à son procès, il a droit à ce que son appel soit accueilli et il a aussi droit à un nouveau procès ou à un acquittement, selon les circonstances, à moins que la disposition ne soit appliquée pour annuler ces droits. La cour d'appel doit examiner les erreurs en fonction de l'ensemble du procès. Même si cela comporte un nouvel examen de la preuve, il est évident que cet examen va bien au delà de la détermination de questions de fait. La Cour d'appel doit concrétiser la notion d'«erreur judiciaire» et cela comporte une décision sur un point de droit. Pour tous ces motifs, je suis d'avis que l'application de la disposition comporte toujours une question de droit et qu'elle est révisable en cette Cour dans le cadre d'un pourvoi fondé sur l'art. 618 du *Code criminel*. [Je souligne.]

Le juge Lamer, parlant au nom du juge Dickson (maintenant Juge en chef) et en son nom propre a dit aux pp. 857 et 858:

J'estime que, par ses arrêts, cette Cour a fait de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) une question de droit. En effet, il ressort de l'article pris isolément que la décision de la Cour d'appel est une question mixte de droit et de fait. Mais cette Cour a posé comme condition préalable à l'application de la disposition du sous-al. 613(1)(b)(iii) par les cours d'appel que celles-ci concluent d'abord qu'un jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu raisonnablement prononcer l'acquittement. (Voir, notamment, le juge Spence dans l'arrêt *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739.) À mon avis, une telle conclusion est tout autant une décision sur une question de droit que celle à laquelle en vient le juge du procès avant d'ordonner un verdict d'acquittement lorsqu'il conclut que [TRADUCTION] «à cause de la nature douteuse de la preuve», aucun jury ne pourrait raisonnablement prononcer un verdict de culpabilité. (*R. c. Comba*, [1938] R.C.S. 396.)

While the reasons of the majority in *Mahoney* were based on s. 613(1)(b)(iii), I believe that they are equally applicable to s. 613(1)(a)(i) and, therefore, following those reasons I am of the view that s. 613(1)(a)(i) raises a question of law which can be reviewed by this Court under s. 618 of the *Criminal Code*.

The leading case upon the question of the applicability of s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code* is *Corbett v. The Queen*, *supra*. In that case, Corbett was convicted of murder. The key witness was the wife of the deceased. She had been wounded by the murderer immediately after the shooting of her husband, but three days after the shooting was able to identify Corbett as the killer. There were, however, some discrepancies between her statement of the facts and the evidence of other witnesses. The case was appealed to the British Columbia Court of Appeal on the ground that the discrepancies in the evidence made the verdict "unreasonable" for the purposes of s. 613(1)(a)(i). The appeal was dismissed with a dissent concerning the application of s. 613(1)(a)(i) of the *Code*. In this Court, Pigeon J., speaking for the majority (Abbott, Martland, Judson, Pigeon and Dickson JJ.) (Spence and Laskin JJ. dissenting) said that the dissent in the Court of Appeal was not a dissent upon a question of law but solely as to the application of law. This raised the same question to which I have already adverted. Responding to a submission by the appellant that the majority of the Court of Appeal, in their approach to s. 613(1)(a)(i), erred in merely considering whether there was any evidence rather than reaching their own conclusion on the weight of the evidence, he said, at pp. 278-79:

Of course, if the judges of the majority had held that their function was only to decide whether there was evidence, this would be reversible error. The *Code* expressly provides that the appeal may be allowed, not only when the verdict cannot be supported by the evidence but also when it is unreasonable. In other words, the Court of Appeal must satisfy itself not only that there was evidence requiring the case to be submitted to

Bien que les motifs de la majorité dans l'arrêt *Mahoney* aient été fondés sur le sous-al. 613(1)(b)(iii), je suis d'avis qu'ils s'appliquent également au sous-al. 613(1)(a)(i) et, suivant ces motifs, j'estime donc que le sous-al. 613(1)(a)(i) soulève une question de droit qui peut être révisée par cette Cour aux termes de l'art. 618 du *Code criminel*.

L'arrêt *Corbett c. La Reine*, précité, fait autorité sur la question de l'applicabilité du sous-al. 613(1)(a)(i) du *Code criminel*. Dans cet arrêt, Corbett a été déclaré coupable de meurtre. Le témoin principal était l'épouse de la victime. Elle avait été blessée par le meurtrier immédiatement après que son mari se soit fait abattre, mais trois jours plus tard elle était en mesure d'identifier Corbett comme le meurtrier. Toutefois, il y avait quelques divergences entre sa déposition et le témoignage des autres témoins. Appel a été interjeté à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur le fondement que les divergences dans la preuve rendaient le verdict «déraisonnable» aux fins du sous-al. 613(1)(a)(i). L'appel a été rejeté avec une dissidence concernant l'application du sous-al. 613(1)(a)(i) du *Code*. En cette Cour, le juge Pigeon parlant au nom de la majorité formée également des juges Abbott, Martland, Judson et Dickson, les juges Spence et Laskin étant dissidents, a dit que la dissidence en Cour d'appel n'était pas une dissidence sur une question de droit mais uniquement sur l'application du droit. Cela a soulevé la même question que celle à laquelle j'ai déjà fait allusion. En répondant à un argument de l'appellant selon lequel les juges de la majorité de la Cour d'appel dans leur interprétation du sous-al. 613(1)(a)(i) ont commis une erreur en se demandant simplement s'il y avait des éléments de preuve plutôt que de tirer leur propre conclusion sur la force probante des éléments de preuve, il a dit, aux pp. 278 et 279:

Naturellement, si les juges de la majorité avaient jugé que leur rôle était seulement de déterminer s'il y avait preuve à l'appui du verdict, il y aurait là erreur donnant lieu à cassation. Le *code* prévoit expressément que l'appel peut être admis, non seulement lorsque le verdict est rendu sans aucune preuve mais également lorsqu'il est déraisonnable. En d'autres termes, la Cour d'appel doit s'assurer non seulement qu'il existe une preuve exigeant

the jury, but also that the weight of such evidence is not so weak that a verdict of guilty is unreasonable. This cannot be taken to mean that the Court of Appeal is to substitute its opinion for that of the jury. The word of the enactment is “unreasonable”, not “unjustified”. The jurors are the triers of the facts and their finding is not to be set aside because the judges in appeal do not think they would have made the same finding if sitting as jurors. This is only to be done if they come to the conclusion that the verdict is such that no twelve reasonable men could possibly have reached it acting judicially. [Emphasis added.]

Later, at p. 280, he said:

In my view, there is nothing from which it might be deduced that the learned judge only considered whether there was evidence. If there had been no evidence, it would have been the duty of the trial judge to withhold the case from the jury. This is not what was considered. The point dealt with assumed that the case was properly before the jury. It was asked in effect whether they could reasonably answer “Guilty” and, in my opinion, that was the proper test before the Court of Appeal.

And in reaching his conclusion, he said, at p. 282:

I do not read the above as meaning that the duty of the Court of Appeal is to reach its opinion on the basis of what its members think they would have decided if sitting as the jury so that, if they are not convinced that they would have rendered the same verdict, they are to find it unreasonable. If that is what the learned judge meant, then I must disagree with him because that is not the proper test. As previously noted, the question is whether the verdict is unreasonable, not whether it is unjustified. The function of the court is not to substitute itself for the jury, but to decide whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered. [Emphasis added.]

These passages, especially those portions underlined, have led to some uncertainty regarding the standard of review to be employed under s. 613 of the *Criminal Code*. As I have indicated above, the judges of the Court of Appeal were troubled by the apparent inconsistencies in these passages and attempted to resolve them. Hutcheon J.A., in dissent, concluded that the word “possibly”, used in

que l'affaire soit soumise au jury, mais également que le poids de cette preuve n'est pas si faible qu'un verdict de culpabilité soit déraisonnable. Cela ne veut pas dire que la Cour d'appel doit substituer son opinion à celle du jury. Le texte de loi dit bien «déraisonnable», et non pas «injustifié». Ce sont les membres du jury qui jugent les faits et leur conclusion ne doit pas être écartée simplement parce que les juges de la cour d'appel ne pensent pas qu'ils auraient eux-mêmes abouti à la même conclusion s'ils avaient siégé comme membres du jury. La conclusion du jury ne peut être rejetée que si la Cour d'appel arrive à la conclusion que le verdict est tel qu'aucun jury composé de douze hommes raisonnables jugeant de façon judiciaire n'aurait pu aboutir au verdict rendu. [Je souligne.]

Plus loin, à la p. 280, il a dit:

À mon avis, rien ne permet de déduire que le savant juge a considéré seulement la question de savoir s'il y avait une preuve à l'appui du verdict. S'il n'y avait eu aucune preuve, le devoir du savant juge de première instance aurait été de ne pas soumettre au jury l'examen de l'affaire. Ce n'est pas la question qui a été examinée. Le point traité reposait sur la prémisse que l'affaire avait été à bon droit soumise au jury. Ce qu'on s'est demandé, en fait, c'est si le jury pouvait raisonnablement répondre «coupable», et, à mon avis, c'était le critère voulu en Cour d'appel.

Et pour arriver à sa conclusion, il a dit à la p. 282:

Je ne pense pas que ce que je viens de citer signifie que le rôle de la Cour d'appel soit de statuer selon ce que ses membres pensent qu'ils auraient décidé s'ils avaient siégé en tant que jury, de telle sorte que, s'ils ne sont pas convaincus qu'ils auraient rendu le même verdict, ils doivent le trouver déraisonnable. Si c'est ce qu'a voulu dire le savant juge, alors je dois être en désaccord avec lui car ce n'est pas le critère voulu. Comme on l'a déjà signalé, la question est de savoir si le verdict est déraisonnable, non s'il est injustifié. Le rôle de la Cour n'est pas de se substituer au jury mais de décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. [Je souligne.]

Ces passages, particulièrement les parties soulignées, ont amené une certaine incertitude concernant la norme de révision qui doit être utilisée en vertu de l'art. 613 du *Code criminel*. Comme je l'ai indiqué précédemment, les juges de la Cour d'appel ont été gênés par les différences apparentes dans ces passages et ont tenté de les résoudre. Le juge Hutcheon, dissident, a conclu que le terme

the first passage, was inappropriate and that the last of the quoted passages stated the law more faithfully. Macdonald J.A., on the other hand, after citing the first of the passages quoted above, said with a hint of resignation:

So that is the definitive statement of the requirement of the subparagraph. I think that as a judge of this Court I should simply endeavour to apply it, leaving elaboration to the Supreme Court.

I hasten to elaborate. I am in agreement with Hutcheon J.A. that the word "possibly" in this context is inappropriate. In my view, to adopt literally the proposition that the appellate court could only consider whether the impugned verdict could possibly have been reached would render review on appeal under the subsection almost impossible. "Reasonably could have reached" must be the test, and from a reading of the whole of Pigeon J.'s judgment I am of the view that it was what was intended. The concept of reasonableness is clearly expressed in the section which speaks of an unreasonable verdict. Therefore, curial review is invited whenever a jury goes beyond a reasonable standard. In my view, then, *Corbett* is the governing case and the test is "whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered".

The appellant, while not quarrelling with the authority of the *Corbett* case, argues that it was misapplied here in a case depending entirely on circumstantial evidence. He argues that before a jury may convict on purely circumstantial evidence, it must be satisfied beyond a reasonable doubt that the circumstances proved in the evidence are such as to be inconsistent with any other rational conclusion than that the accused is the guilty person. The test is sometimes stated in a somewhat different form, but to the same effect: the circumstances must be consistent with guilt and inconsistent with innocence. The appellant

«possibly» utilisé en anglais dans le premier passage, n'était pas approprié et que le dernier des passages cités énonçait le droit d'une manière plus fidèle. Par ailleurs, le juge Macdonald, après avoir cité le premier des passages mentionnés ci-dessus, a dit en laissant entendre qu'il se résignait:

[TRADUCTION] Ainsi, il s'agit de la formulation définitive de l'exigence du sous-alinéa. Je crois que, comme juge de cette Cour, je dois simplement m'efforcer de l'appliquer, en laissant à la Cour suprême le soin de l'élucider.

Je m'empresse de l'élucider. Je conviens avec le juge Hutcheon que le terme «possibly» dans la version anglaise n'est pas approprié dans ce contexte. À mon avis, l'adoption littérale de la proposition que la Cour d'appel ne peut que se demander si le jury aurait peut-être pu rendre le verdict contesté aurait pour effet de rendre presque impossible la révision en appel aux termes du paragraphe. L'expression «aurait pu raisonnablement rendre» doit constituer le critère et d'après l'interprétation de l'ensemble du jugement du juge Pigeon, je suis d'avis que c'est ce qui était visé. Le concept du caractère raisonnable est clairement exprimé dans l'article qui mentionne un verdict déraisonnable. Par conséquent, il doit y avoir révision judiciaire chaque fois que le jury dépasse une norme raisonnable. À mon avis, donc, l'arrêt *Corbett* constitue l'arrêt applicable et le critère est celui de savoir «si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre».

Bien qu'il ne conteste pas l'autorité de l'arrêt *Corbett*, l'appellant soutient qu'il a été mal appliqué en l'espèce dans une affaire qui dépend entièrement d'une preuve circonstancielle. Il soutient que, avant qu'un jury puisse déclarer un accusé coupable en vertu d'une preuve purement circonstancielle, il doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que les circonstances établies dans la preuve n'entraînent aucune autre conclusion rationnelle que celle que l'accusé est coupable. Le critère est quelquefois énoncé d'une manière un peu différente mais il a le même effet: les circonstances doivent appuyer la culpabilité et rejeter

submits that the majority of the Court of Appeal erred in failing to apply this test.

In my view, the majority of the Court of Appeal did not fail to apply the correct principles relating to the treatment of circumstantial evidence. The function of the Court of Appeal, under s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, goes beyond merely finding that there is evidence to support a conviction. The Court must determine on the whole of the evidence whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. While the Court of Appeal must not merely substitute its view for that of the jury, in order to apply the test the Court must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence. This process will be the same whether the case is based on circumstantial or direct evidence. In the Court of Appeal, the majority clearly found that there was sufficient evidence to justify the verdict and both Macdonald and Craig J.J.A. rejected all rational inferences offering an alternative to the conclusion of guilt. It is therefore clear that the law was correctly understood and applied.

This Court, in considering an appeal where the sole issue raised is the application of s. 613(1)(a)(i) of the *Code*, must put itself in the place of the Court of Appeal and, pursuant to the powers given in s. 623(1) of the *Code*, consider the matter anew, and if error be found make such order as the Court of Appeal should have made. In pursuit of that objective, I can say that there was evidence before the jury from which it could reasonably find that the two boys were dead before the fire in the mattress was set and that they did not die from natural causes. There was evidence upon which the jury could reasonably find that the fire in the mattress was not accidental but was set by a human hand with the aid of a liquid accelerant. There was evidence upon which they could reasonably find that the appellant Yebes had a motive for killing the boys and that he had an opportunity to do so. If there were no further

l'innocence. L'appelant soutient que les juges de la Cour d'appel à la majorité ont commis une erreur en n'appliquant pas ce critère.

^a À mon avis, les juges de la Cour d'appel à la majorité ont bien appliqué les principes appropriés en ce qui a trait au traitement de la preuve circonstancielle. La fonction de la Cour d'appel, aux termes du sous-al. 613(1)a(i) du *Code criminel*, ^b dépasse la simple conclusion qu'il y a des éléments de preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité. La Cour doit déterminer d'après l'ensemble de la preuve si le verdict est l'un de ceux qu'un jury ^c qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. Bien que la Cour d'appel ne doive pas simplement substituer son opinion à celle du jury, afin d'appliquer le critère elle doit réexaminer ^d l'effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer. Ce processus sera le même que l'affaire soit fondée sur une preuve circonstancielle ou une preuve directe. En Cour d'appel, les juges de la majorité ont clairement conclu qu'il y ^e avait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier le verdict et les juges Macdonald et Craig ont tous deux rejeté toute déduction rationnelle offrant un autre choix que la conclusion de culpabilité. ^f Par conséquent, il est évident que le droit a été bien interprété et bien appliqué.

Lorsque cette Cour examine un pourvoi où la seule question soulevée est celle de l'application du sous-al. 613(1)a(i) du *Code*, elle doit se mettre à ^g la place de la Cour d'appel et, en conformité des pouvoirs attribués dans le par. 623(1) du *Code*, examiner la question de nouveau et, s'il y a une erreur, rendre l'ordonnance que la Cour d'appel ^h aurait dû rendre. Dans la poursuite de cet objectif, je peux dire qu'on avait présenté des éléments de preuve au jury qui lui permettait raisonnablement de conclure que les deux garçons étaient décédés avant qu'on ait mis le feu au matelas et qu'ils ne ⁱ sont pas décédés de causes naturelles. On a présenté des éléments de preuve en vertu desquels le jury pouvait raisonnablement conclure que le feu mis au matelas n'était pas accidentel mais avait ^j été allumé par la main de l'homme avec l'aide d'un catalyseur. Il y avait des éléments de preuve qui permettaient au jury de conclure raisonnablement

evidence upon which to support the Crown's case there could be no doubt that the appellant would be entitled to an acquittal, for evidence of motive alone would not be sufficient to base a conviction and coupling opportunity with motive in the absence of other evidence would not advance the case unless there were evidence of exclusive opportunity. This point was made by McLennan J.A. in *R. v. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37 (Ont. C.A.) The two accused in the case were joint owners of a building and it was clearly established that a fire in the building had been deliberately set. The only evidence against the accused was evidence of motive and opportunity. McLennan J.A., speaking for the Court (Porter C.J.O., Kelly and McLennan J.J.A.) said, at p. 39:

The only evidence against the accused on the first count of conspiracy to commit arson was motive and opportunity. The motive suggested was to obtain the insurance money and the opportunity suggested was that either or both accused would have returned to Kingsville from Windsor and set the fire or hired someone else to do it. There was no evidence that they did so and there was no evidence of any connection between either accused and any person unknown who might have started the fire. At least one other person had a motive at least equally as strong as the accused.

Although motive may be an important element along with other probative and significant facts in establishing guilt, motive by itself and standing alone amounts to nothing or next to nothing in the way of proof that the accused committed the crime charged in Count 1: Best on Evidence, 12th ed. 3845.

Evidence of opportunity, unless it is exclusive opportunity, is on a somewhat similar footing as evidence of motive. Mere opportunity is not accepted as corroboration where corroboration is required or desirable: *Burbury v. Jackson*, [1917] 1 K.B. 16, 25 Cox C.C. 555 at 558; *Forsythe v. The King*, [1943] S.C.R. 98, 79 C.C.C. 129, [1943] 2 D.L.R. 737, 5 Abr. Con. (2nd) 361. The accused or someone hired by either of them were not the

que l'appelant Yebeas avait un mobile pour tuer les garçons et qu'il a eu l'occasion de le faire. S'il n'y avait eu aucun autre élément de preuve à l'appui des arguments du ministère public, il n'y aurait aucun doute que l'appelant aurait le droit d'être acquitté, car la seule preuve d'un mobile ne serait pas suffisante pour fonder une déclaration de culpabilité et ajouter l'occasion au mobile, en l'absence de tout autre élément de preuve, ne donnera pas plus de poids aux arguments s'il n'y a pas preuve d'une occasion exclusive de toute autre possibilité. C'est ce qu'a conclu le juge McLennan dans l'arrêt *R. v. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37 (C.A. Ont.) Les deux accusés dans cette affaire étaient copropriétaires d'un immeuble et il avait été clairement établi qu'un incendie avait été délibérément allumé dans l'immeuble. Le seul élément de preuve retenu contre l'accusé était une preuve de mobile et d'occasion. Le juge McLennan, au nom de la cour, composée également du juge en chef Porter de l'Ontario et du juge Kelly, a dit à la p. 39:

[TRADUCTION] Le seul élément de preuve contre les accusés en vertu du premier chef de complot en vue de commettre un crime d'incendie était le mobile et l'occasion. Le mobile avancé était le produit de l'assurance et l'occasion avancée était que l'un ou l'autre des accusés ou les deux seraient revenus de Windsor vers Kingsville et auraient mis le feu ou auraient engagé quelqu'un pour le faire. Il n'y avait aucun élément de preuve à cet effet et il n'y avait aucun élément de preuve de rapports entre l'un ou l'autre accusé et une personne inconnue qui aurait pu allumer l'incendie. Au moins une autre personne avait un mobile au moins aussi fort que celui de l'accusé.

Bien que le mobile puisse être un élément important joint à d'autres faits probants et significatifs pour établir la culpabilité, le mobile en soi, pris de façon isolée, n'équivaut à rien ou à presque rien pour prouver que l'accusé a commis le crime dont il est accusé en vertu du premier chef d'accusation: Best on Evidence, 12th ed. 3845.

La preuve de l'occasion, à moins qu'elle ne soit une occasion exclusive de toute autre possibilité, est à peu près sur le même pied que la preuve du mobile. La simple occasion n'est pas acceptée à titre de corroboration lorsque la corroboration est nécessaire ou souhaitable: *Burbury v. Jackson*, [1917] 1 K.B. 16, 25 Cox C.C. 555 à la p. 558, *Forsythe v. The King*, [1943] R.C.S. 98, 79 C.C.C. 129, [1943] 2 D.L.R. 737, 5 Abr. Con. (2nd)

only persons who had the opportunity. Logically anyone who could have been in the building about midnight had opportunity.

In our opinion even considering the cumulative effect of opportunity and such motive as there was in this case it is not sufficient to warrant a conviction on the count charging conspiracy to commit arson.

A more recent statement of the same principle is found in *R. v. MacFarlane* (1981), 61 C.C.C. (2d) 458 (Ont. C.A.), where Martin J.A., speaking for the Court (Martin, Weatherston and Morden J.J.A.) said, at p. 460:

Since there were no other circumstances connecting the appellant with the setting of the fire, it was incumbent upon the Crown to establish that he had exclusive opportunity to set the fire in order to support a conviction. There was evidence from which the jury could draw the conclusion that the appellant had the exclusive opportunity of setting the fire, but the evidence was not so compelling as to require that conclusion. The trial Judge instructed the jury that the Crown's case against the appellant was based on opportunity and motive and in our view this instruction may have caused the jury to conclude that those circumstances were sufficient in the absence of a clear direction as to the necessity for proof of exclusive opportunity to warrant a conviction.

In those circumstances a careful direction was required that unless the jury reached the conclusion that the appellant had the exclusive opportunity of setting the fire, they could not convict. In our view, the failure of the trial Judge in the circumstances of this case to clearly instruct the jury on this issue, constituted misdirection. Although there was perhaps some evidence of motive it was of negligible weight since on the facts disclosed in the record, there was no clear evidence that the appellant stood to benefit financially from the fire. The trial Judge should have made this clear to the jury.

It may then be concluded that where it is shown that a crime has been committed and the incriminating evidence against the accused is

361. Les accusés ou une personne engagée par l'un d'eux ne sont pas les seules personnes qui ont eu l'occasion de commettre le crime. Logiquement, quiconque se trouvait dans l'immeuble vers minuit avait l'occasion de le commettre.

a À notre avis, même si on considère l'effet cumulatif de l'occasion de commettre le crime et du mobile en l'espèce, cela n'est pas suffisant pour justifier une déclaration de culpabilité en vertu du chef d'accusation de *b* complot en vue de commettre le crime d'incendie.

Le même principe a été énoncé plus récemment dans l'arrêt *R. v. MacFarlane* (1981), 61 C.C.C. (2d) 458 (C.A. Ont.), où le juge Martin au nom de *c* la Cour, composée également des juges Weatherston et Morden, a dit à la p. 460:

[TRADUCTION] En l'absence de toute autre circonstance reliant l'appelant au fait d'avoir mis le feu, il incombait au ministère public, pour appuyer la déclaration de culpabilité, de démontrer que l'occasion qu'il a eue d'allumer un incendie exclut toute autre possibilité. Il y avait des éléments de preuve dont le jury pouvait conclure que l'appelant a eu une occasion de mettre le feu qui excluait toute autre possibilité, mais les éléments de preuve n'étaient pas assez probants pour imposer *e* cette conclusion. Le juge du procès a dit au jury que la preuve à charge contre l'appelant était fondée sur l'occasion et le mobile et à notre avis cette directive peut avoir incité le jury à conclure que ces circonstances étaient *f* suffisantes en l'absence d'une directive claire quant à la nécessité de démontrer l'occasion exclusive de toute autre possibilité pour justifier une déclaration de culpabilité.

Dans ces circonstances, il était nécessaire de donner *g* une directive prudente selon laquelle, à moins qu'il n'arrive à la conclusion que l'appelant a eu une occasion de mettre le feu qui exclut toute autre possibilité, le jury ne pouvait prononcer une déclaration de culpabilité. À notre avis, l'omission du juge du procès dans les circonstances de l'espèce de donner des directives claires au jury sur cette question, équivaut à des directives erronées. Bien qu'il y eût sans doute certains éléments de preuve relatifs au mobile, ils étaient d'un poids négligeable étant donné que, d'après les faits révélés au dossier, *i* il n'y avait aucun élément de preuve clair que l'appelant allait tirer un avantage pécuniaire de l'incendie. Le juge du procès aurait dû l'établir clairement à l'intention du jury.

j On peut alors conclure que, lorsqu'il est démontré qu'un crime a été commis et que les éléments de preuve incriminants retenus contre l'accusé ont

primarily evidence of opportunity, the guilt of the accused is not the only rational inference which can be drawn unless the accused had exclusive opportunity. In a case, however, where evidence of opportunity is accompanied by other inculpatory evidence, something less than exclusive opportunity may suffice. This was the view expressed by Lacourcière J.A. in *R. v. Monteleone* (1982), 67 C.C.C. (2d) 489 (Ont. C.A.), at p. 493, where he said:

It is not mandatory for the prosecution to prove that the respondent had the exclusive opportunity in a case where other inculpatory circumstances are proved.

It is also supported by further comments of Martin J.A. in *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518, at pp. 534 *et seq.*, and see, as well, *Imrich v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 622, *per* Ritchie J. at p. 627.

Since there is no evidence in this case directly connecting Yebes to the death of the children, the question which now arises is: Did the appellant during the relevant times have exclusive opportunity to commit the crime of murder? It is unquestionably established in the evidence that after the dinner at which Mrs. Yebes and her daughters were present with Yebes and the boys in the town house, Mrs. Yebes and the daughters left between 8:00 or 8:05 in the evening, leaving Yebes and the two boys alone in the house. There is no evidence whatever that she and the daughters, or any other person, were present in the house until the entry of Sergeant Shaw at about 1:00 a.m. The medical evidence established that before the fire was started the boys were killed by some human intervention and that their deaths occurred not later than 12:30 a.m. and possibly before 10:30 p.m. The state of the fire in the mattress and the condition of the bodies upon the arrival of the police at 1:00 a.m. suggests that they died closer to 10:30 p.m. than 12:30 a.m. On that evening the front door of the town house was closed but unlocked. Yebes' evidence was that he habitually locked that door when he went to bed. He couldn't remember whether he had locked it that night, but assumed

principalement trait à l'occasion, la culpabilité de l'accusé n'est pas la seule déduction rationnelle qui peut en être tirée à moins que l'accusé ait eu une occasion exclusive de toute autre possibilité de le commettre. Toutefois, dans une affaire où la preuve de l'occasion est accompagnée d'autres éléments de preuve incriminants, une occasion qui n'exclut pas tout à fait toute autre possibilité peut suffire. C'est l'opinion exprimée par le juge Lacourcière dans l'arrêt *R. v. Monteleone* (1982), 67 C.C.C. (2d) 489 (C.A. Ont.), à la p. 493, où il a dit:

[TRADUCTION] Il n'est pas obligatoire que la poursuite démontre que l'intimé a eu, dans une affaire où d'autres circonstances incriminantes sont démontrées, une occasion qui exclut toute autre possibilité.

Cette opinion est également appuyée par d'autres observations du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518 aux pp. 534 et suiv., et voir également *Imrich c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 622, le juge Ritchie à la p. 627.

Étant donné qu'aucun élément de preuve en l'espèce ne relie directement Yebes au décès des enfants, la question qui se pose maintenant est la suivante: Pendant la période pertinente, l'appellant a-t-il eu une occasion de commettre le crime de meurtre qui exclut toute autre possibilité? Il est établi de manière incontestable dans la preuve que, après le souper auquel assistaient M^{me} Yebes et ses filles avec Yebes et les garçons dans la maison en rangée, celles-ci sont parties entre 20 h et 20 h 05 ce soir-là, laissant Yebes et les deux garçons seuls dans la maison. Il n'y a absolument aucun élément de preuve que M^{me} Yebes et ses filles ou toute autre personne étaient présentes dans la maison jusqu'à l'arrivée du sergent Shaw vers une heure du matin. La preuve médicale a démontré que les garçons ont été tués avant le début de l'incendie par une intervention humaine et que leur décès ne s'est pas produit après minuit trente, mais peut-être avant 22 h 30. L'état de l'incendie dans le matelas et l'état des corps à l'arrivée des policiers à une heure du matin indiquent qu'ils sont décédés plus près de 22 h 30 que de minuit trente. Ce soir-là, la porte principale de la maison en rangée a été fermée mais n'a pas été verrouillée. Yebes a déposé qu'habituellement il verrouillait cette porte

that he had done so. He did not remember unlocking the door at any time that evening. Yebe testified that he did not give Mrs. Yebe a key to the town house but that the key-ring for his car keys held a key to the house and on occasion Mrs. Yebe would have driven the car and had access to the key. There is no evidence as to where the key was on the night in question but there is evidence that Yebe knew that the door was unlocked. When the police officer arrived, Yebe called to him from the second floor window, "In here, in here". The police officer entered the unlocked door. Yebe made no move to open it for him. There is no evidence of the presence of any other persons, save the two boys, in the town house that evening. Only the unlocked front door could raise a question as to exclusive opportunity. I am of the view that there was evidence before the jury upon which a properly charged jury could reasonably have reached the conclusion that Yebe had exclusive opportunity to kill the boys. I adopt the comment quoted above by Macdonald J.A. to the effect that the reality of the situation is that only Yebe had the opportunity as well as the motive to commit the crimes charged. In my view, the first ground of appeal must therefore fail.

The remaining ground that the Crown failed to call a witness, Mrs. Yebe, essential to the unfolding of the narrative, must also fail in my view. The Crown has a discretion as to which witnesses it will call in presenting its case to the court. This discretion will not be interfered with unless the Crown has exercised it for some oblique or improper reason: see *Lemay v. The King, supra*. No such improper motive is alleged here. While the Crown may not be required to call a given witness, the failure of the Crown to call a witness may leave a gap in the Crown's case which will leave the Crown's burden of proof undischarged and entitle the accused to an acquittal. It is in this sense that the Crown may be expected to call all witnesses

avant d'aller se coucher. Il n'a pu se rappeler s'il l'avait verrouillée ce soir-là, mais a présumé qu'il l'avait fait. Il ne se souvient pas d'avoir ouvert la porte à un moment donné ce soir-là. Yebe a témoigné qu'il n'avait pas donné de clé de la maison en rangée à son épouse mais que cette clé se trouvait sur le porte-clés avec ses clés de voiture et que, à l'occasion, M^{me} Yebe conduisait la voiture et avait eu accès à la clé. Aucun élément de preuve n'indique où se trouvait la clé la nuit en question mais il y a des éléments de preuve selon lesquels Yebe savait que la porte n'était pas verrouillée. Lorsque le policier est arrivé, Yebe l'a appelé de la fenêtre de l'étage, en criant [TRADUCTION] «C'est ici, c'est ici». L'agent de police est entré par la porte non verrouillée. Yebe n'a fait aucun geste pour aller lui ouvrir la porte. Il n'y a aucun élément de preuve de la présence d'autres personnes, outre les deux garçons, dans la maison en rangée ce soir-là. Seule la porte avant non verrouillée peut soulever une question en ce qui a trait à l'occasion exclusive de toute autre possibilité. Je suis d'avis qu'on a présenté des éléments de preuve qui permettraient à un jury qui a reçu les directives appropriées de tirer raisonnablement la conclusion que Yebe a eu une occasion de tuer les garçons qui exclut toute autre possibilité. Je fais mienne l'observation du juge Macdonald citée précédemment selon laquelle la réalité est que seul Yebe a eu l'occasion de même que le mobile de commettre les crimes qui lui sont reprochés. À mon avis, le premier moyen d'appel doit par conséquent échouer.

L'autre moyen portant que le ministère public n'a pas cité un témoin essentiel pour la narration de l'histoire, soit M^{me} Yebe, doit également échouer à mon avis. Le ministère public a le pouvoir discrétionnaire de choisir les témoins qui seront cités lorsqu'il présentera sa preuve à la cour. On ne doit pas intervenir à cet égard à moins que le ministère public ne l'ait exercé pour une raison détournée ou inappropriée: voir *Lemay v. The King, précité*. En l'espèce aucun motif inapproprié n'est allégué. Bien que le ministère public ne puisse pas être tenu de citer un témoin donné, l'omission de le faire peut créer une faille dans sa preuve, ce qui fera en sorte qu'il ne se sera pas déchargé de son fardeau de la preuve et permettra

essential to the unfolding of the narrative of events upon which the Crown's case is based. It is argued here that the failure to call Mrs. Yebeas as a Crown witness was just such a lapse on the part of the Crown and it leaves open an alternative rational conclusion to that of Yebeas' guilt. It was argued for Yebeas in this Court that Mrs. Yebeas had a greater motive than Yebeas to commit the crime and also the opportunity. She should have been called to properly complete the narrative.

It seems to me that this argument is predicated upon pure speculation. It suggests that Mrs. Yebeas should have been called to complete the narrative of events which occurred in the town house that evening when there is no evidence whatever that she was present or possessed any knowledge of what occurred. The assumption that she had something to say to complete the narrative is not based on evidence and rests on nothing more than speculation.

What could Mrs. Yebeas add to the narrative? The whole tragic history of these children and this family was put before the court by other witnesses. The facts leading up to the dinner on February 23 were all before the court as were Mrs. Yebeas' concerns and attitudes, clearly expressed by Yebeas and the other witnesses, including medical and social welfare officials. Her only contribution to the narrative would be related to what happened after her departure from the home at 8:00 p.m. and there is no evidence, or any suggestion that she was present, when the deaths occurred and would have any knowledge on that subject. In the end, all that she could have contributed was the bald assertion that she did not kill the boys.

For the reasons given above, I would conclude that the majority of the Court of Appeal were not in error in their application of s. 613(1)(a)(i) of

à l'accusé de demander un acquittement. C'est en ce sens que l'on peut s'attendre que le ministère public cite tous les témoins essentiels à la narration des événements sur lesquels sa preuve est fondée. ^a L'appelant soutient en l'espèce que l'omission de citer M^{me} Yebeas à titre de témoin à charge constitue justement une telle faille de la part du ministère public et permettait d'arriver à une autre conclusion rationnelle que celle de la culpabilité de ^b Yebeas. On a soutenu pour le compte de Yebeas devant cette Cour que M^{me} Yebeas avait un plus grand mobile que lui pour commettre le crime et avait également eu l'occasion de le faire. Elle ^c aurait dû être citée pour compléter comme il se doit la narration des événements.

Il me semble que cet argument est fondé sur de la pure spéculation. Il dit que M^{me} Yebeas aurait dû ^d être citée pour compléter la narration des événements qui se sont produits dans la maison en rangée ce soir-là alors qu'absolument aucun élément de preuve n'indique qu'elle était présente ou savait ce qui s'était produit. L'hypothèse selon ^e laquelle M^{me} Yebeas avait quelque chose à dire pour compléter la narration des événements n'est pas fondée sur la preuve et ne repose sur rien d'autre que la spéculation.

^f Qu'est-ce que M^{me} Yebeas aurait pu ajouter à la narration des événements? Toute l'histoire tragique de ces enfants et de la famille a été présentée à la cour par d'autres témoins. Les faits qui ont abouti au souper du 23 février ont tous été présentés à la cour, ainsi que les préoccupations et les attitudes de M^{me} Yebeas qui ont été clairement exprimées par Yebeas et les autres témoins, y compris des médecins et des travailleurs sociaux. Sa ^g seule contribution à la narration des événements se rapporterait à ce qui s'est produit après son départ de la maison vers 20 h et il n'y a aucun élément de preuve, et rien ne laisse entendre, qu'elle était présente au moment des décès et qu'elle en aurait été au courant. En fin de compte, tout ce qu'elle ⁱ aurait pu ajouter aurait été la simple affirmation qu'elle n'avait pas tué les garçons.

^j Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que la majorité en Cour d'appel n'a pas commis d'erreur dans son application du sous-al. 613(1)(a)(i)

the *Criminal Code*. They correctly applied the test in *Corbett* and I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Braidwood, Nuttall, MacKenzie, Brewer, Greyell & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent: DuMoulin Black, Vancouver.

du *Code criminel*. Elle a correctement appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Corbett* et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Braidwood, Nuttall, MacKenzie, Brewer, Greyell & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: DuMoulin Black, Vancouver.