

Robert Allen Devine *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DEVINE

Neutral citation: 2008 SCC 36.

File No.: 31983.

2008: February 26; 2008: June 19.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Principled exception to hearsay rule — Witness at trial recanting earlier out-of-court statement identifying accused — Trial judge admitting out-of-court statement under principled exception to hearsay rule — Whether statement should have been admitted.

The accused was alleged to have assaulted the complainant in two separate incidents. Both the complainant and his companion, P, who witnessed the first incident, refused to give a statement to the police after the first assault. Following the second assault, however, they each gave a statement identifying the accused as the assailant. Before P's statement was videotaped and recorded, a police officer explained the seriousness of making the statement, the possible consequences of giving a false statement, and administered a form of oath. At trial, both the complainant and P recanted their identification of the accused. P also testified that the identification in her statement was based on information obtained from others. The Crown sought leave to introduce P's police statement for the truth of its contents under the principled exception to the hearsay rule. The trial judge found that P's identification contained in the statement was not itself hearsay as contended by the defence. He concluded that the identification was based on P's own observations, and that, in testifying to the contrary, she was trying to avoid identifying the accused at trial. He admitted the out-of-court statement under the principled approach to hearsay and convicted the accused of assault causing bodily harm and robbery with respect to the first incident. A majority of the Court of Appeal upheld the decision to admit

Robert Allen Devine *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. DEVINE

Référence neutre : 2008 CSC 36.

N° du greffe : 31983.

2008 : 26 février; 2008 : 19 juin.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Oui-dire — Exception raisonnée à la règle du oui-dire — Un témoin se rétracte au procès d'une déclaration extrajudiciaire identifiant l'accusé — Le juge du procès admet la déclaration extrajudiciaire en preuve en vertu de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire — Fallait-il admettre la déclaration en preuve?

Il était allégué que l'accusé avait commis des voies de fait à l'endroit du plaignant lors de deux incidents distincts. Le plaignant et sa compagne, P, qui avait été témoin du premier incident, ont tous les deux refusé de faire une déclaration à la police après la première agression. Cependant, à la suite de la deuxième agression, ils ont chacun fait une déclaration à la police dans laquelle ils ont identifié l'accusé comme l'agresseur. Avant que P fasse sa déclaration, qui a été enregistrée sur bande audio et sur bande vidéo, un policier lui avait expliqué la gravité de la déclaration ainsi que les conséquences éventuelles d'une fausse déclaration, et il lui avait fait prêter une forme de serment. Au procès, tant le plaignant que P sont revenus sur leur identification de l'accusé. P a aussi affirmé durant son témoignage que son identification dans sa déclaration était fondée sur de l'information obtenue d'autres personnes. Le ministère public a demandé l'autorisation de mettre en preuve la déclaration de P à la police pour établir la véracité de son contenu, conformément à l'exception raisonnée à la règle du oui-dire. Le juge du procès a jugé que l'identification par P dans sa déclaration n'était pas elle-même du oui-dire comme le prétendait la défense. Il a conclu que l'identification par P était fondée sur ses propres observations et qu'en affirmant le contraire sous serment, elle tentait d'éviter d'identifier l'accusé au procès. Il a

the statement and rejected the contention that the verdict was unreasonable. The dissenting judge would have ruled the statement inadmissible on the basis that P's identification was itself hearsay. He also found the verdict to be unreasonable.

Held: The appeal should be dismissed. The statement was admissible and the verdict was not unreasonable.

There is no reason to interfere with the trial judge's finding that P's identification of the accused in her out-of-court statement was based on her own observations. Since P's identification of the accused is not itself hearsay, the statement may be admitted under the principled approach if the twin criteria of necessity and reliability are met. Here, it is conceded that the necessity criterion is made out. Where a witness recants an earlier statement, necessity is based on the unavailability of the testimony, not the witness. The reliability criterion is also satisfied because there is a sufficient basis for assessing the truth and accuracy of P's statement. In taking P's statement, the police followed the guidelines set out in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, which brought the statement to a comparable standard of reliability as her in-court testimony. Furthermore, although P recanted her identification of the accused at trial, there was a meaningful opportunity to test her evidence through cross-examination. P testified under oath that at the time she gave her statement, she was aware of the seriousness of the statement and told the truth to the best of her ability. The trial judge was able to assess her demeanour, and gave a detailed account of her evasiveness and reluctance to identify the accused in the courtroom. There is no reason to disturb his finding that she was trying to distance herself on the witness stand from any identification of the accused. [14-16] [20] [28]

Finally, the verdict rendered was not unreasonable as P's identification evidence was capable of supporting the trial judge's finding that the accused was the assailant. [31]

Cases Cited

Applied: *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57; **referred**

admis en preuve la déclaration extrajudiciaire suivant la méthode d'analyse raisonnée en matière de oui-dire et a déclaré l'accusé coupable de voies de fait causant des lésions corporelles et de vol qualifié relativement au premier incident. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé la décision d'admettre la déclaration en preuve et ont rejeté la prétention selon laquelle le verdict était déraisonnable. Le juge dissident aurait jugé la déclaration inadmissible en preuve au motif que l'identification par P était elle-même du oui-dire. En outre, il jugeait le verdict déraisonnable.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. La déclaration était admissible en preuve et le verdict n'était pas déraisonnable.

Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion du juge du procès selon laquelle l'identification de l'accusé par P dans sa déclaration extrajudiciaire était fondée sur ses propres observations. Comme l'identification de l'accusé par P ne constitue pas en soi du oui-dire, la déclaration peut être admise en preuve suivant la méthode d'analyse raisonnée s'il est satisfait au double critère de la nécessité et de la fiabilité. En l'espèce, tous concèdent que le critère de la nécessité est rempli. Lorsqu'un témoin revient sur une déclaration antérieure, la nécessité tient à la non-disponibilité du témoignage et non du témoin. L'exigence de la fiabilité est aussi remplie parce qu'on dispose de suffisamment d'éléments pour apprécier la véracité et l'exactitude de la déclaration de P. En prenant la déposition de P, le policier a respecté les directives énoncées dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, de façon que la déclaration réponde à une norme de fiabilité comparable à celle d'un témoignage livré à l'audience. En outre, bien que, lors du procès, P ait rétracté son identification de l'accusé, il existait une possibilité réelle de vérifier son témoignage en la contre-interrogeant. P a affirmé sous serment qu'elle était consciente de la gravité de sa déclaration au moment où elle l'avait faite et qu'elle s'était efforcée de dire la vérité. Le juge du procès a été en mesure d'évaluer le comportement du témoin et a fait un compte-rendu détaillé de son attitude évasive et de sa réticence à identifier l'accusé dans la salle d'audience. Il n'y a aucune raison de modifier sa conclusion selon laquelle elle tentait de se distancier, à la barre, de toute identification de l'accusé. [14-16] [20] [28]

Finalement, le verdict rendu n'était pas déraisonnable puisque la preuve d'identification par P pouvait étayer la conclusion du juge du procès selon laquelle l'accusé était l'agresseur. [31]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC

to: *R. v. Couture*, [2007] 2 S.C.R. 517, 2007 SCC 28; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Post* (2007), 217 C.C.C. (3d) 225, 2007 BCCA 123; *R. v. N. (T.G.)* (2007), 216 C.C.C. (3d) 329, 2007 BCCA 2; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Conrad, McFadyen and Berger J.J.A.) (2007), 404 A.R. 81, 394 W.A.C. 81, 218 C.C.C. (3d) 497, 46 C.R. (6th) 371, [2007] A.J. No. 277 (QL), 2007 CarswellAlta 323, 2007 ABCA 49, affirming the accused's conviction of robbery and assault causing bodily harm entered by Norheim Prov. Ct. J., [2005] A.J. No. 1031 (QL), 2005 CarswellAlta 1146, 2005 ABPC 162. Appeal dismissed.

Steven J. Fix and Nicole R. Sissons, for the appellant.

James A. Bowron, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] CHARRON J. — The appellant, Robert Allen Devine, was convicted at trial of robbery and assault causing bodily harm in respect of an incident which occurred on November 19, 2004. He was acquitted of a second assault on the same complainant, alleged to have occurred on February 2, 2005. On appeal, his convictions were affirmed by Conrad and McFadyen J.J.A. of the Alberta Court of Appeal. Berger J.A., writing in dissent, would have quashed the convictions and substituted a verdict of not guilty on both counts. Mr. Devine appeals to this Court as of right. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

1. The Proceedings Below

[2] At trial, no issue was taken that the complainant, Robert Schroeder, was robbed and severely beaten in November of 2004. He was again assaulted in February of 2005. The sole issue was

57; arrêts mentionnés : *R. c. Couture*, [2007] 2 R.C.S. 517, 2007 CSC 28; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Post* (2007), 217 C.C.C. (3d) 225, 2007 BCCA 123; *R. c. N. (T.G.)* (2007), 216 C.C.C. (3d) 329, 2007 BCCA 2; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Conrad, McFadyen et Berger) (2007), 404 A.R. 81, 394 W.A.C. 81, 218 C.C.C. (3d) 497, 46 C.R. (6th) 371, [2007] A.J. No. 277 (QL), 2007 CarswellAlta 323, 2007 ABCA 49, qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé, pour vol qualifié et voies de fait qui ont entraîné des lésions corporelles, par le juge Norheim, [2005] A.J. No. 1031 (QL), 2005 CarswellAlta 1146, 2005 ABPC 162. Pourvoi rejeté.

Steven J. Fix et Nicole R. Sissons, pour l'appellant.

James A. Bowron, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE CHARRON — Au procès, l'appellant, Robert Allen Devine, a été déclaré coupable de vol qualifié et de voies de fait causant des lésions corporelles à la suite d'un incident survenu le 19 novembre 2004. Il a été acquitté d'une deuxième accusation de voies de fait qui auraient été commises contre le même plaignant le 2 février 2005. En appel, les juges Conrad et McFadyen de la Cour d'appel de l'Alberta ont confirmé les déclarations de culpabilité. Le juge Berger, dissident, les aurait annulées et y aurait substitué un verdict de non-culpabilité relativement aux deux chefs. Monsieur Devine se pourvoit de plein droit devant la Cour. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

1. Les juridictions inférieures

[2] Au procès, nul n'a contesté que le plaignant, Robert Schroeder, a été victime d'un vol et sauvagement battu en novembre 2004. Il a été agressé de nouveau en février 2005. La seule question en cause

the identification of the accused as the assailant. Both the complainant and his companion Cindy Pawliw, who witnessed the first incident, refused to give a statement to the police immediately following the November assault. Following the second assault, however, they each gave a statement to the police identifying Mr. Devine as the assailant. At trial, both witnesses testified but recanted their identification of Mr. Devine. Among other things, Ms. Pawliw testified that she had used Mr. Devine's name in her statement because "someone, she could not remember who, had suggested it was he" ([2005] A.J. No. 1031 (QL), 2005 ABPC 162, at para. 7).

[3] The Crown sought leave to introduce Ms. Pawliw's police statement for the truth of its contents under the principled exception to the hearsay rule, citing this Court's decision in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740 ("*K.G.B.*"). The officer who took Ms. Pawliw's statement followed the guidelines set out in that case. Mr. Schroeder also gave a warned statement but it was not videotaped. The Crown did not seek to introduce Mr. Schroeder's statement and the trial judge did not consider it in arriving at his verdict.

[4] The trial judge rejected the argument that Ms. Pawliw's identification of the accused in the statement was itself hearsay and therefore inadmissible under the principled approach. He concluded that it was "extremely unlikely" that the identification was based on what others had told her:

When she was asked on the stand about her identification of the accused in her statement she responded that "I was not asked if I knew who it was myself, personally, and no one asked me either. I just assimilated or whatever, assumed that it was him because somebody had told me that it was him." I note that without coaching as to the description of the parties who entered the hotel room, she gave a very detailed description of the

était celle de l'identification de l'accusé en tant qu'agresseur. Le plaignant et sa compagne, Cindy Pawliw, qui avait été témoin du premier incident, ont tous les deux refusé de faire une déclaration à la police immédiatement après l'agression de novembre. Cependant, à la suite de la deuxième agression, ils ont chacun fait une déclaration à la police dans laquelle ils ont identifié M. Devine comme l'agresseur. Au procès, les deux témoins ont déposé, mais ils sont revenus sur leur identification de M. Devine. Entre autres choses, M^{me} Pawliw a affirmé avoir donné le nom de M. Devine dans sa déclaration parce que [TRADUCTION] « quelqu'un — elle ne se rappelle pas qui — avait laissé entendre que c'était lui » ([2005] A.J. No. 1031 (QL), 2005 ABPC 162, par. 7).

[3] Le ministère public a demandé l'autorisation de mettre en preuve la déclaration de M^{me} Pawliw à la police pour établir la véracité de son contenu, conformément à l'exception raisonnée à la règle du oui-dire. Il a cité l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740 (« *K.G.B.* »), de notre Cour, à l'appui de cette demande. L'agent qui avait pris la déposition de M^{me} Pawliw avait respecté les directives énoncées dans cet arrêt. Monsieur Schroeder avait lui aussi fait une déclaration après avoir reçu la mise en garde d'usage, mais sa déclaration n'avait pas été enregistrée sur bande vidéo. Le ministère public n'a pas cherché à mettre en preuve la déclaration de M. Schroeder et le juge du procès ne l'a pas considérée pour arriver à son verdict.

[4] Le juge du procès a rejeté l'argument selon lequel l'identification de l'accusé par M^{me} Pawliw dans sa déclaration était elle-même du oui-dire et donc inadmissible suivant la méthode d'analyse raisonnée. Il a conclu qu'il était [TRADUCTION] « hautement improbable » que l'identification ait été fondée sur ce que d'autres lui auraient dit :

[TRADUCTION] Lorsqu'on l'a interrogée à la barre sur son identification de l'accusé dans sa déclaration, elle a répondu : « On ne m'a pas demandé si je savais personnellement qui c'était et personne ne me l'a demandé non plus. J'ai simplement déduit, ou quelque chose du genre, j'ai présumé que c'était lui parce que quelqu'un m'avait dit que c'était lui. » Je remarque que, sans avoir été préparée à décrire les personnes qui sont entrées

assailant, right down to the clothes that he was wearing. This description matches the physical appearance of the accused. Within the context of this small town and the manner in which the statement was taken, I conclude that it is extremely unlikely that she would have given the description that she did, in the manner that she did in her statement, without qualifying the identification, if she could not identify the assailant. I conclude that she has given this explanation on the stand as a device to avoid identification of the accused from the witness stand. [para. 33]

[5] The trial judge determined that Ms. Pawliw's statement was admissible under the principled approach to hearsay. The necessity requirement was met because Ms. Pawliw was unable or unwilling to identify the assailant at trial. With respect to threshold reliability, the trial judge noted that the statement was videotaped and recorded. Before Ms. Pawliw gave her statement, a police officer explained the seriousness of making the statement, the possible consequences of giving a false statement, and administered a form of oath. These factors, among others, satisfied the trial judge that the statement was sufficiently reliable to be admitted.

[6] The trial judge convicted Mr. Devine of assault causing bodily harm and robbery with respect to the November incident. The trial judge relied mainly on the strength of Ms. Pawliw's identification evidence. He also found that Mr. Schroeder's testimony supported the description in Ms. Pawliw's statement of the manner in which the robbery and assault took place. However, the trial judge could not be satisfied beyond a reasonable doubt that the assailant in February was the accused. Ms. Pawliw had not witnessed the February incident and her *K.G.B.* statement provided no first-hand evidence of those allegations. Accordingly, the trial judge acquitted Mr. Devine of the charge in relation to the February incident.

[7] Mr. Devine appealed on two grounds. First, he argued that the trial judge erred in admitting

dans la chambre d'hôtel, elle a donné une description très détaillée de l'agresseur, jusqu'aux vêtements qu'il portait. Cette description correspond à l'apparence physique de l'accusé. Dans le contexte de cette petite ville et compte tenu de la manière dont la déclaration a été prise, je conclus qu'il est hautement improbable qu'elle ait pu faire la description qu'elle a faite, de la manière dont elle l'a faite dans sa déclaration, sans émettre de réserves quant à l'identification, si elle ne pouvait pas identifier l'agresseur. Je conclus que cette explication, donnée durant son témoignage, constituait une manœuvre pour éviter d'identifier l'accusé alors qu'elle se trouvait à la barre des témoins. [par. 33]

[5] Le juge du procès a conclu que la déclaration de M^{me} Pawliw était admissible suivant la méthode d'analyse raisonnée en matière de ouï-dire. L'exigence de la nécessité était remplie puisque M^{me} Pawliw était incapable ou refusait d'identifier l'agresseur au procès. Pour ce qui est du seuil de fiabilité, le juge du procès a noté que la déclaration avait été enregistrée — sur bande audio et sur bande vidéo. Avant que M^{me} Pawliw fasse sa déclaration, un policier lui avait expliqué la gravité de la déclaration ainsi que les conséquences éventuelles d'une fausse déclaration, et il lui avait fait prêter une forme de serment. Ces facteurs, entre autres, ont convaincu le juge du procès que la déclaration était suffisamment fiable pour être admise en preuve.

[6] Le juge du procès a déclaré M. Devine coupable de voies de fait causant des lésions corporelles et de vol qualifié relativement à l'incident de novembre. Sa décision reposait principalement sur la force de la preuve d'identification obtenue de M^{me} Pawliw. Il a également conclu que le témoignage de M. Schroeder appuyait la description faite par M^{me} Pawliw dans sa déclaration sur la manière dont le vol qualifié et les voies de fait avaient eu lieu. Toutefois, le juge du procès ne pouvait pas être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'agresseur lors de l'incident de février était l'accusé. Madame Pawliw n'avait pas été témoin de cet incident et sa déclaration de type *K.G.B.* ne fournissait pas de preuve originale de ces allégations. Par conséquent, le juge du procès a acquitté M. Devine de l'accusation relative à l'incident de février.

[7] Monsieur Devine a invoqué deux moyens d'appel. Premièrement, il a plaidé que le juge du procès

Ms. Pawliw's *K.G.B.* statement in evidence. He conceded that the necessity requirement was met by reason of Ms. Pawliw's recantation. However, he submitted that the statement was not reliable and thus inadmissible for the truth of its contents. In particular, he argued that the significant time lapse between the first assault and the statement and the witness's admitted drug use diminished the threshold reliability of her statement. Mr. Devine further argued that the trial judge erred in law by failing to weigh the probative value of the *K.G.B.* statement against its prejudicial effect if admitted.

[8] A majority of the Court of Appeal rejected this ground of appeal, and held that the trial judge was correct to admit the statement. The majority concluded as follows:

The trial judge correctly stated the law with respect to the admissibility of KGB statements. In a careful, well reasoned judgment, he considered all the relevant factors and concluded that the statement was admissible. He did not misapprehend the evidence and applied the principles established in *R. v. K.G.B.*, [1993] 1 S.C.R. 740 While he did not specifically refer to the balancing of probative value against the prejudicial effect of admission, it is not clear that the matter was a live issue at trial and, in any event, the KGB statement was key evidence identifying the accused. Nothing in the statement suggested any undue prejudice.

((2007), 404 A.R. 81, 2007 ABCA 49, at para. 13)

[9] Berger J.A., in dissent, was of the view that the principles enunciated in *K.G.B.* did not apply in this case because Ms. Pawliw's purported identification of the accused in her police statement was "information obtained from others — others who were not before the court and whose trustworthiness was incapable of assessment" (para. 31).

[10] As a second and alternative ground of appeal, Mr. Devine argued that the verdict was

avait eu tort d'admettre en preuve la déclaration de type *K.G.B.* faite par M^{me} Pawliw. Il a admis que l'exigence de la nécessité avait été remplie du fait de la rétractation de M^{me} Pawliw. Toutefois, il a soutenu que la déclaration n'était pas fiable et était donc inadmissible pour établir la véracité de son contenu. Il a plaidé plus particulièrement que, d'une part, le long délai entre la première agression et la déclaration et, d'autre part, la consommation de drogue avouée par le témoin ramenaient la déclaration en deçà du seuil de fiabilité exigé. Monsieur Devine a aussi plaidé que le juge du procès avait commis une erreur de droit en omettant de soupeser la valeur probante de la déclaration de type *K.G.B.* en regard de son effet préjudiciable si elle était admise en preuve.

[8] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté ce moyen d'appel et ont statué que le juge du procès avait eu raison d'admettre la déclaration en preuve. Ils ont conclu en ces termes :

[TRADUCTION] Le juge du procès a bien énoncé le droit relatif à l'admissibilité des déclarations de type KGB. Dans un jugement minutieux et bien motivé, il a considéré tous les facteurs pertinents et a conclu que la déclaration était admissible. Il n'a pas mal saisi la preuve et il a appliqué les principes établis dans *R. c. K.G.B.*, [1993] 1 R.C.S. 740 [. . .] Bien qu'il n'ait pas explicitement mentionné l'appréciation de la valeur probante en regard de l'effet préjudiciable de l'admission de la preuve, il n'est pas certain que la question ait été en litige au procès et, de toute façon, la déclaration de type KGB était un élément de preuve clé pour identifier l'accusé. Rien dans la déclaration ne laissait croire à l'existence d'un préjudice indu.

((2007), 404 A.R. 81, 2007 ABCA 49, par. 13)

[9] Le juge Berger, dissident, était d'avis que les principes énoncés dans *K.G.B.* ne s'appliquaient pas en l'espèce parce que la prétendue identification de l'accusé par M^{me} Pawliw dans sa déclaration à la police était [TRADUCTION] « de l'information obtenue d'autres personnes — des personnes qui ne se trouvaient pas devant le tribunal et dont on ne pouvait évaluer la sincérité » (par. 31).

[10] Comme deuxième moyen d'appel et à titre subsidiaire, M. Devine a plaidé que le verdict était

unreasonable. He submitted that the trial judge failed to properly consider the ultimate reliability of the *K.G.B.* statement once it was admitted, citing the witness's admitted drug use, her character, the delay, lack of corroboration, and inconsistencies between the complainants' testimony at trial and her *K.G.B.* statement as factors which tended to diminish the statement's ultimate reliability.

[11] The majority rejected this ground of appeal as well. While there were reasons to be concerned about the identification evidence, the trial judge considered the relevant factors, properly assessed the evidence and, as the finder of fact, concluded that the evidence satisfied him beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused. As such, there was no basis upon which to interfere with the verdict.

[12] Berger J.A. disagreed, concluding as follows (at para. 35):

The KGB statement should have been excluded. If properly admitted, it should not have been relied upon. The trial judge made clear that the witness's KGB statement was essential if a conviction were to be recorded. Without the benefit of that statement, the verdict rendered is one that a properly instructed jury, acting judicially, could not have reasonably pronounced. The verdict is unreasonable and not supported by the evidence. No jury acting reasonably could fail to have a doubt: *R. v. Corbett*, [1975] 2 S.C.R. 275 . . . at 282; *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168 . . . at 185; and *R. v. Davis* (1995), 165 A.R. 243 . . . (C.A.), at paras. 9-13.

2. Analysis

2.1 *Admissibility of the K.G.B. Statement*

[13] The first question which divided the Court of Appeal below is whether Ms. Pawliw's identification of the accused was itself hearsay. As this Court confirmed in *K.G.B.*, a prior inconsistent statement can only be admitted for the truth of its contents under the principled approach if the evidence

déraisonnable. Il a soutenu que le juge du procès avait omis de considérer adéquatement la fiabilité ultime de la déclaration de type *K.G.B.* une fois qu'elle a été admise en preuve. Il a cité la consommation de drogue avouée par le témoin, ses mœurs, le délai écoulé depuis l'agression, l'absence de corroboration ainsi que les incohérences entre le témoignage du plaignant au procès et la déclaration de type *K.G.B.* du témoin comme des facteurs qui tendaient à réduire la fiabilité ultime de la déclaration.

[11] Les juges majoritaires ont également rejeté ce moyen d'appel. Même s'il existait des raisons de se méfier de la preuve d'identification, le juge du procès a considéré les facteurs pertinents, il a bien évalué la preuve et, en tant que juge des faits, il a conclu que la preuve le convainquait hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. Il n'existait donc aucun motif de modifier le verdict.

[12] Le juge Berger n'était pas d'accord, concluant en ces termes, au par. 35 :

[TRADUCTION] La déclaration de type KGB aurait dû être exclue. Si elle avait été admise à bon droit, il n'aurait pas fallu s'appuyer sur elle. Le juge du procès a clairement indiqué que la déclaration de type KGB était essentielle pour pouvoir inscrire un verdict de culpabilité. Sans cette déclaration, le verdict rendu est un verdict qu'un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant de manière judiciaire n'aurait pas pu raisonnablement prononcer. Le verdict est déraisonnable et il n'est pas appuyé par la preuve. Aucun jury agissant raisonnablement ne pourrait ne pas avoir de doute : *R. c. Corbett*, [1975] 2 R.C.S. 275 [. . .] p. 282; *R. c. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168 [. . .] p. 185; et *R. c. Davis* (1995), 165 A.R. 243 [. . .] par. 9-13.

2. Analyse

2.1 *L'admissibilité de la déclaration de type K.G.B.*

[13] La première question qui a divisé la Cour d'appel était celle de savoir si l'identification de l'accusé par M^{me} Pawliw était elle-même du ouï-dire. Comme la Cour l'a confirmé dans *K.G.B.*, une déclaration antérieure incompatible ne peut être admise pour établir la véracité de son contenu

contained in the statement would be admissible through the witness's testimony at trial (*K.G.B.*, at p. 784). Therefore, Ms. Pawliw's identification evidence can only be admitted under the principled approach if the identification was not itself based on hearsay. This principle was reiterated more recently in *R. v. Couture*, [2007] 2 S.C.R. 517, 2007 SCC 28, at para. 75:

It is also clear that the principled exception applies only to hearsay evidence that would otherwise be admissible through the direct testimony of the declarant, had the declarant been available and competent to testify at trial: *B. (K.G.)*, at p. 784; *Hawkins*, at para. 69. There is no issue that if Darlene had been available and competent to testify at trial, she would have been able to offer the evidence through direct testimony. Although any direct testimony about David Couture's statements made to her would itself constitute hearsay, admissions from an accused fall within a well-recognized exception to the hearsay rule. Further, since Darlene is not a person in authority, no special burden is required.

[14] If Ms. Pawliw testified at trial that someone told her that Mr. Devine was the assailant, her testimony would constitute inadmissible hearsay unless the statement could be shown to fall within a recognized hearsay exception. Here, however, the trial judge rejected the contention that Ms. Pawliw's prior identification of the assailant was based on what others had told her, concluding instead that she was trying to avoid identifying Mr. Devine at trial. This finding of credibility is entitled to deference. Moreover, the trial judge explicitly concluded that the identification was based on Ms. Pawliw's own observations. In my view, there is no reason to interfere with these findings. I will now consider whether the trial judge was correct to admit Ms. Pawliw's statement under the principled approach to hearsay.

2.2 *The Principled Approach*

[15] Ms. Pawliw's statement does not fall within any of the traditional exceptions to the hearsay

suivant la méthode d'analyse raisonnée que lorsque la preuve qu'elle contient eût été admissible si son auteur l'avait présentée de vive voix à l'audience (*K.G.B.*, p. 784). Par conséquent, la preuve d'identification émanant de M^{me} Pawliw ne peut être admise suivant la méthode d'analyse raisonnée que si l'identification n'était pas elle-même fondée sur du oui-dire. Ce principe a été réitéré plus récemment dans l'arrêt *R. c. Couture*, [2007] 2 R.C.S. 517, 2007 CSC 28, par. 75 :

Il est également clair que l'exception raisonnée ne vise que la preuve par oui-dire qui serait par ailleurs admissible au moyen du témoignage direct du déclarant, eût-il été disponible et habile à témoigner au procès : *B. (K.G.)*, p. 784; *Hawkins*, par. 69. Il ne fait aucun doute que si Darlene avait été disponible et habile à témoigner au procès, elle aurait pu présenter la preuve en témoignant de vive voix. Certes, tout témoignage direct de sa part sur les déclarations que lui a faites David Couture constituerait en soi du oui-dire, mais les aveux d'un accusé relèvent d'une exception bien connue à la règle du oui-dire. En outre, Darlene n'étant pas une personne en situation d'autorité, aucun fardeau particulier ne s'applique.

[14] Si M^{me} Pawliw avait affirmé au procès que quelqu'un lui avait dit que M. Devine était l'agresseur, son témoignage aurait été inadmissible parce que constituant du oui-dire, à moins qu'il ait pu être démontré que la déclaration relevait d'une exception reconnue à la règle du oui-dire. Toutefois, en l'espèce, le juge du procès a rejeté l'argument selon lequel l'identification antérieure de l'agresseur par M^{me} Pawliw était fondée sur les dires de quelqu'un d'autre, concluant plutôt qu'elle tentait d'éviter d'identifier M. Devine au procès. Il faut faire preuve de déférence à l'égard de cette conclusion sur la crédibilité. Qui plus est, le juge du procès a explicitement conclu que l'identification était fondée sur les observations de M^{me} Pawliw elle-même. À mon avis, il n'y a aucune raison de modifier ces conclusions. Je vais maintenant examiner la justesse de la décision du juge du procès d'admettre en preuve la déclaration de M^{me} Pawliw suivant la méthode d'analyse raisonnée en matière de oui-dire.

2.2 *La méthode d'analyse raisonnée*

[15] La déclaration de M^{me} Pawliw ne relève d'aucune exception traditionnelle à la règle du

rule. The question is therefore whether the statement meets the twin criteria of necessity and reliability.

2.2.1 Necessity

[16] It is conceded that the necessity criterion is made out. As this Court noted in *K.G.B.* and *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57, necessity does not depend on the unavailability of the witness:

As we know, the Court ultimately ruled in *B. (K.G.)*, and the principle is now well established, that necessity is not to be equated with the unavailability of the witness. The necessity criterion is given a flexible definition. In some cases, such as in *B. (K.G.)* where a witness recants an earlier statement, necessity is based on the unavailability of the testimony, not the witness.

(*Khelawon*, at para. 78 (underlining added))

[17] Before turning to the question of threshold reliability, however, it may be useful to recall briefly why Ms. Pawliw's statement constitutes hearsay even though she is present to be cross-examined, because at first blush this notion appears counter-intuitive. Recalling why this statement constitutes hearsay will also serve to highlight the dangers of admitting the evidence in its hearsay form: *Khelawon*, at paras. 57-58.

[18] When the witness repeats or adopts an earlier out-of-court statement in court, under oath or solemn affirmation, no hearsay issue arises. The statement itself is not evidence; rather, the testimony is the evidence and it can be tested in the usual way by observing the witness and subjecting him or her to cross-examination. The hearsay issue does arise, however, when the witness does not repeat or adopt the information contained in the out-of-court statement and the statement itself is tendered for the truth of its contents. In these circumstances, the trier of fact is asked to accept the out-of-court statement over the sworn testimony of the witness. Given the usual premium placed on the value of in-court testimonial evidence, a serious issue arises as to whether it is at all necessary

ouï-dire. La question est donc de savoir si la déclaration satisfait au double critère de la nécessité et de la fiabilité.

2.2.1 La nécessité

[16] Tous concèdent que le critère de la nécessité est rempli. Comme la Cour l'a souligné dans les arrêts *K.G.B.* et *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57, la nécessité ne tient pas à la non-disponibilité du témoin :

Comme nous le savons, dans l'arrêt *B. (K.G.)*, la Cour a statué en fin de compte — et ce principe est maintenant bien établi — que la nécessité ne saurait être assimilée à la non-disponibilité du témoin. Le critère de la nécessité reçoit une définition souple. Dans certains cas, comme dans l'affaire *B. (K.G.)* où un témoin revient sur une déclaration antérieure, la nécessité tient à la non-disponibilité du témoignage et non du témoin.

(*Khelawon*, par. 78 (je souligne))

[17] Toutefois, avant d'aborder la question du seuil de fiabilité, il peut être utile de rappeler brièvement pourquoi la déclaration de M^{me} Pawliw constitue du ouï-dire même si elle est présente pour être contre-interrogée parce que, à première vue, cette idée semble paradoxale. Le fait de rappeler pourquoi cette déclaration constitue du ouï-dire permettra aussi de mettre en lumière les dangers qu'il y a à admettre la preuve sous sa forme relatée : *Khelawon*, par. 57-58.

[18] Lorsque, devant le tribunal, le témoin réitère ou adopte — sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle — une déclaration extrajudiciaire antérieure, aucune question de ouï-dire ne se pose. Ce n'est pas la déclaration elle-même qui constitue un élément de preuve, mais plutôt le témoignage, qui peut être vérifié de la façon habituelle en observant le témoin et en lui faisant subir un contre-interrogatoire. Toutefois, la question du ouï-dire se pose lorsque le témoin ne réitère pas ou n'adopte pas le contenu de la déclaration extrajudiciaire, et que la déclaration elle-même est présentée pour établir la véracité de son contenu. Dans ces circonstances, on demande au juge des faits de retenir la déclaration extrajudiciaire plutôt que le témoignage sous serment du témoin. Étant donné

to introduce the statement. In addition, the reliability of that statement becomes crucial.

[19] It may be readily appreciated, however, that although the underlying rationale for the general exclusionary rule may not be as obvious when the declarant is available to testify, it is the same: the difficulty of testing the reliability of the out-of-court statement. The difficulty in assessing the out-of-court statement is the reason why it falls within the definition of hearsay and is subject to the general exclusionary rule. It follows, however, that the degree of difficulty may be substantially alleviated in cases where the declarant is available for cross-examination on the earlier statement, particularly where an accurate record of the statement can be tendered in evidence.

[20] Here, the trier of fact is invited to consider and accept Ms. Pawliw's prior identification of Mr. Devine for its truth, despite the fact that she testified in court under oath that she does not have any personal knowledge of the identity of the assailant — she was simply told that it was Mr. Devine. This Court stressed in *K.G.B.* that where the hearsay evidence is a prior inconsistent statement, reliability is a “key concern” (at pp. 786-87):

The reliability concern is sharpened in the case of prior inconsistent statements because the trier of fact is asked to choose between two statements from the same witness, as opposed to other forms of hearsay in which only one account from the declarant is tendered. In other words, the focus of the inquiry in the case of prior inconsistent statements is on the comparative reliability of the prior statement and the testimony offered at trial, and so additional indicia and guarantees of reliability to those outlined in *Khan* and *Smith* must be secured in order to bring the prior statement to a comparable standard of reliability before such statements are admitted as substantive evidence. [Emphasis added.]

[21] I will now consider whether Ms. Pawliw's statement possesses a “comparable standard of

qu'on privilégie habituellement le témoignage offert à l'audience, il faut se poser l'importante question de savoir s'il est vraiment nécessaire de présenter la déclaration. De plus, la fiabilité de cette déclaration devient cruciale.

[19] Cependant, on peut aisément comprendre que, même si la raison d'être de la règle d'exclusion générale n'est peut-être pas aussi évidente lorsque le déclarant est disponible pour témoigner, elle demeure la même, soit la difficulté de vérifier la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire. Cette difficulté explique pourquoi la déclaration extrajudiciaire est visée par la définition du oui-dire et assujettie à la règle d'exclusion générale. Cependant, il s'ensuit que cette difficulté peut être atténuée substantiellement lorsque le déclarant peut être contre-interrogé au sujet de sa déclaration antérieure, en particulier lorsqu'il est possible de déposer en preuve un enregistrement fidèle de la déclaration.

[20] En l'espèce, le juge des faits était invité à considérer et à accepter l'identification préalable de M. Devine par M^{me} Pawliw en vue d'en établir la véracité, même si, devant le tribunal, elle a affirmé sous la foi du serment qu'elle n'avait pas une connaissance directe de l'identité de l'agresseur — on lui aurait simplement dit qu'il s'agissait de M. Devine. Dans *K.G.B.*, la Cour a souligné que, lorsque la preuve par oui-dire est une déclaration antérieure incompatible, la fiabilité est une « préoccupation fondamentale » (p. 787) :

Cette préoccupation s'accroît dans le cas des déclarations antérieures incompatibles parce que le juge des faits doit choisir entre deux déclarations faites par le même témoin, par opposition aux autres formes de oui-dire dans lesquelles une seule version des faits est présentée. Autrement dit, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'examen est axé sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès, de sorte que des indices et garanties de fiabilité autres que ceux énoncés dans les arrêts *Khan* et *Smith* doivent être prévus afin que la déclaration antérieure soit soumise à une norme de fiabilité comparable avant que les déclarations de ce genre soient admises quant au fond. [Je souligne.]

[21] J'examinerai maintenant la question de savoir si la déclaration de M^{me} Pawliw satisfait à

reliability” so as to warrant its admission in evidence under the principled approach to hearsay.

2.2.2 Threshold Reliability

[22] Since the central concern underlying the rule against hearsay is the inability to test the evidence, it follows that the reliability requirement is aimed at identifying those cases where this difficulty is sufficiently overcome to justify receiving the evidence as an exception to the general exclusionary rule. The reliability requirement is usually met in one of two ways, which are not mutually exclusive. “One way is to show that there is no real concern about whether the statement is true or not because of the circumstances in which it came about. . . . Another way of fulfilling the reliability requirement is to show that no real concern arises from the fact that the statement is presented in hearsay form because, in the circumstances, its truth and accuracy can nonetheless be sufficiently tested” (*Khelawon*, at paras. 62-63).

[23] Although the two bases are not mutually exclusive, in cases where the declarant is available to be cross-examined, the focus will necessarily be on the latter. As this Court explained in *Khelawon* (at para. 76):

The most important contextual factor in *B. (K.G.)* is the availability of the declarant. Unlike the situation in *Khan* or *Smith*, the trier of fact is in a much better position to assess the reliability of the evidence because the declarant is available to be cross-examined on his or her prior inconsistent statement. The admissibility inquiry into threshold reliability, therefore, is not so focussed on the question whether there is reason to believe the statement is true, as it is on the question whether the trier of fact will be in a position to rationally evaluate the evidence. The search is for adequate substitutes for the process that would have been available had the evidence been presented in the usual way, namely through the witness, under oath or affirmation, and subject to the scrutiny of contemporaneous cross-examination.

une « norme de fiabilité comparable » qui justifierait son admission en preuve suivant la méthode d’analyse raisonnée en matière de ouï-dire.

2.2.2 Le seuil de fiabilité

[22] Comme l’impossibilité de vérifier la preuve constitue la préoccupation majeure sous-jacente à la règle interdisant le ouï-dire, l’exigence de fiabilité vise à déterminer les cas où cette difficulté est suffisamment surmontée pour justifier l’admission de la preuve à titre d’exception à la règle d’exclusion générale. Il y a deux manières — qui ne s’excluent pas mutuellement — de satisfaire à l’exigence de fiabilité. « Une manière consiste à démontrer qu’il n’y a pas de préoccupation réelle quant au caractère véridique ou non de la déclaration, vu les circonstances dans lesquelles elle a été faite. [. . .] Une autre manière de satisfaire à l’exigence de fiabilité consiste à démontrer que le fait que la déclaration soit relatée ne suscite aucune préoccupation réelle étant donné que, dans les circonstances, sa véracité et son exactitude peuvent néanmoins être suffisamment vérifiées » (*Khelawon*, par. 62-63).

[23] Bien que les deux fondements ne soient pas mutuellement exclusifs, dans les cas où le déclarant est disponible pour être contre-interrogé, l’examen portera nécessairement sur le dernier. Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *Khelawon*, au par. 76 :

Le facteur contextuel le plus important dans l’arrêt *B. (K.G.)* est la disponibilité du déclarant. Contrairement à la situation dans l’affaire *Khan* ou l’affaire *Smith*, le juge des faits est beaucoup mieux en mesure d’apprécier la fiabilité de la preuve parce que le déclarant est disponible pour être contre-interrogé au sujet de sa déclaration antérieure incompatible. Par conséquent, l’examen du seuil de fiabilité applicable en matière d’admissibilité ne porte pas tant sur la question de savoir s’il y a un motif de croire que la déclaration est véridique que sur celle de savoir si le juge des faits sera en mesure d’apprécier rationnellement la preuve. Il faut chercher des substituts adéquats au processus qui aurait été disponible si la preuve avait été présentée de la façon habituelle, à savoir par l’entremise du témoin qui vient déposer sous la foi du serment ou d’une affirmation solennelle et qui subit un contre-interrogatoire au moment précis où la déclaration est faite.

[24] Indeed, in any case, as this Court stated in *Couture*, there is an advantage to first considering whether there are adequate substitutes for testing the evidence (at para. 87):

Although there are no hard and fast rules about the manner of conducting the hearsay admissibility inquiry, there are good reasons to look first at whether there are adequate substitutes for testing the evidence. The presence or absence of adequate substitutes is usually more easily ascertainable. Further, whenever the reliability requirement is met on the basis that the trier of fact has a sufficient basis to assess the statement's truth and accuracy, there is no need to inquire further into the likely truth of the statement. That question becomes one that is entirely left to the ultimate trier of fact. Recall the facts in *Hawkins* where the witness had given contradictory versions under oath. There was certainly no basis to admit the hearsay evidence on the ground that it was inherently trustworthy. The evidence was admitted on the sole basis that there were ample substitutes for testing the evidence: it was given under oath and was subject to contemporaneous cross-examination in a hearing involving precisely the same parties and the same issues that would be dealt with at trial. The Court therefore did not engage in any threshold assessment of the trustworthiness of the preliminary hearing testimony itself.

[25] Here, there was no contemporaneous cross-examination as in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, but the *K.G.B.* requirements were found by the trial judge to have been complied with: the statement was videotaped and recorded, and before Ms. Pawliw gave her statement, a police officer explained the seriousness of making the statement, the possible consequences of giving a false statement, and administered a form of oath. These factors were identified in *K.G.B.* as the general attributes of in-court testimony that provide the usual safeguards of reliability (pp. 795-96). In the words of *K.G.B.*, together with the availability of the declarant for cross-examination, these attributes bring "the prior statement to a comparable standard of reliability" such that the statement can be "admitted as substantive evidence" (p. 787).

[24] En effet, dans toute affaire, comme la Cour l'a affirmé dans *Couture*, il y a un avantage à d'abord se demander s'il existe d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve (par. 87) :

Même s'il n'existe pas de règle simple et rigide sur la façon de décider de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, il existe de bonnes raisons de déterminer en premier lieu s'il existe d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve. L'existence ou l'absence de tels moyens est généralement assez facile à établir. De plus, lorsqu'il est satisfait à l'exigence de la fiabilité parce que le juge des faits dispose de suffisamment d'éléments pour apprécier la véracité et l'exactitude de la déclaration, il n'est pas nécessaire de s'enquérir davantage de la véracité probable de la déclaration. Cette tâche revient en fin de compte entièrement au juge des faits. Rappelons les faits dans *Hawkins*, où le témoin avait donné des versions contradictoires sous serment. Il ne fait aucun doute que rien ne permettait d'admettre la preuve par ouï-dire au motif qu'elle était fiable en soi. La preuve a été admise pour le seul motif qu'il existait d'autres moyens largement suffisants de la vérifier : la déclaration avait été faite sous serment et accompagnée de la possibilité de contre-interroger le déclarant au moment même, dans le cadre d'une audience intéressant exactement les mêmes parties et les mêmes questions que celles qui allaient être examinées au procès. La Cour n'a donc pas procédé à une appréciation préliminaire de la fiabilité du témoignage même recueilli à l'enquête préliminaire.

[25] En l'espèce, la déclarante n'a pas été contre-interrogée au moment même de la déclaration comme dans l'affaire *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, mais le juge du procès a conclu qu'il avait été satisfait aux exigences énoncées dans *K.G.B.* : la déclaration a été enregistrée sur bande audio et sur bande vidéo et, avant que M^{me} Pawliw ne fasse sa déclaration, un policier lui a expliqué la gravité de la déclaration ainsi que les conséquences éventuelles d'une fausse déclaration, et il lui a fait prêter une forme de serment. Ces facteurs ont été identifiés dans l'arrêt *K.G.B.* comme les caractéristiques générales d'un témoignage en cour qui offrent les garanties habituelles de fiabilité (p. 795-796). Comme il est dit dans l'arrêt *K.G.B.*, en plus de la disponibilité du déclarant pour un contre-interrogatoire, ces caractéristiques font en sorte que « la déclaration antérieure [est] soumise à une norme de fiabilité comparable » qui lui permet d'être « admis[e] quant au fond » (p. 787).

[26] It is important to note that the availability of the declarant to be cross-examined will not necessarily tip the scales in favour of admissibility. In order for this factor to weigh in favour of admission, there must be a “full opportunity to cross-examine the witness” at trial (*K.G.B.*, at p. 796). As this Court explained in *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, at para. 46:

The first factor contributing to reliability is the cross-examination of the witness. If the witness provides an explanation for changing his or her story, the trier of fact will be able to assess both versions of the story, as well as the explanation. However, where a witness does not recall making an earlier statement, or refuses to answer questions, the trial judge should take into account that this may impede the jury’s ability to assess the ultimate reliability of the statement.

[27] For example, in *R. v. Post* (2007), 217 C.C.C. (3d) 225, 2007 BCCA 123, the accused pointed to the trial judge’s finding that the *K.G.B.* factors were all present to support his argument that the witness’s police statement should be admitted under the principled approach to hearsay. A unanimous Court of Appeal rejected this argument, noting that “it is clear that the most important of these three, namely the opportunity for cross-examination, existed only notionally because while Malloway was present in the courtroom, there was no real opportunity to test her account because of her inability to recall what she saw, or to say that what she had said previously was true” (para. 65). A similar conclusion was reached in *R. v. N. (T.G.)* (2007), 216 C.C.C. (3d) 329, 2007 BCCA 2. The Court of Appeal in that case concluded (at para. 17):

In this case, any “full opportunity to cross-examine” was completely frustrated. There was no meaningful comparison between different accounts because Mason denied any knowledge of the facts, apart from a grudging concession that he had given a statement to the police, which he asserted was completely false.

[26] Il est important de noter que la disponibilité du déclarant pour être contre-interrogé ne fera pas nécessairement pencher la balance du côté de l’admissibilité. Pour que ce facteur milite en faveur de l’admission, la partie adverse doit avoir eu la « possibilité voulue de contre-interroger le témoin » au procès (*K.G.B.*, p. 796). Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, par. 46 :

Le premier facteur contribuant à la fiabilité est le contre-interrogatoire du témoin. Si le témoin donne une explication du changement de son récit, le juge des faits sera en mesure d’évaluer les deux versions du récit, ainsi que l’explication. Toutefois, lorsqu’un témoin ne se rappelle pas avoir fait une déclaration antérieure, ou refuse de répondre à des questions, le juge du procès devrait tenir compte du fait que cela peut empêcher le jury d’évaluer la fiabilité ultime de la déclaration.

[27] Par exemple, dans l’affaire *R. c. Post* (2007), 217 C.C.C. (3d) 225, 2007 BCCA 123, l’accusé a invoqué la conclusion du juge du procès selon laquelle les facteurs énoncés dans l’arrêt *K.G.B.* étayaient tous son argument que la déclaration du témoin aux policiers devait être admise en preuve suivant la méthode d’analyse raisonnée en matière de ouï-dire. À l’unanimité, les juges de la Cour d’appel ont rejeté cet argument, faisant remarquer qu’il [TRADUCTION] « est clair que le plus important de ces trois facteurs, soit l’occasion de contre-interroger, n’existait qu’en théorie : en effet, bien que M^{me} Malloway ait été présente dans la salle d’audience, il n’y avait eu aucune occasion véritable de vérifier son récit puisqu’elle était incapable de se rappeler ce qu’elle avait vu, ou d’affirmer que ce qu’elle avait dit auparavant était vrai » (par. 65). Le tribunal est arrivé à une conclusion semblable dans l’affaire *R. c. N. (T.G.)* (2007), 216 C.C.C. (3d) 329, 2007 BCCA 2. Dans cette affaire, la Cour d’appel a conclu, au par. 17 :

[TRADUCTION] En l’espèce, la « possibilité voulue de contre-interroger » a été complètement éliminée. Il n’y a eu aucune comparaison sérieuse entre les divers récits parce que M. Mason a nié toute connaissance des faits, mis à part une concession du bout des lèvres qu’il avait fait, aux policiers, une déclaration qu’il a qualifiée de complètement fausse.

[28] Here, although Ms. Pawliw recanted her identification of Mr. Devine at trial, there was a meaningful opportunity to test her evidence through cross-examination. Ms. Pawliw testified under oath that at the time she gave her statement, she was aware of the seriousness of the statement and told the truth to the best of her ability. The trial judge was able to assess the witness's demeanour, and gave a detailed account of her evasiveness and reluctance to identify Mr. Devine in the courtroom. He concluded by stating as follows (at para. 41):

I have reviewed the manner of Ms. Pawliw giving evidence on the stand and compared it to the straightforward manner in which she described the incident, and Mr. Devine's involvement, when she gave the KGB statement to the police. I conclude that she was trying to avoid identifying the accused from the witness stand and is trying to distance herself on the witness stand from any identification of the accused.

There is no reason to disturb the trial judge's finding in this regard.

[29] Since I have concluded that there is a sufficient basis for assessing the statement's truth and accuracy, there is no need to inquire further into the likely truth of the statement. The other indicia of reliability argued by Mr. Devine need only be considered in assessing the ultimate reliability of the statement.

2.2.3 Application of the Exclusionary Discretion

[30] Even where the criteria of necessity and reliability have been met, the remaining question that may arise in certain circumstances is whether the trial judge should exercise his or her discretion and refuse to admit the statement on the ground that its prejudicial effect exceeds its probative value. For example, in *K.G.B.*, Lamer C.J. recognized the trial judge's discretion to refuse to allow the jury to make substantive use of the statement, even where the criteria outlined in that decision are satisfied, when there is a concern that the statement may be the product of some form of investigatory misconduct (pp. 801-2; *Khelawon*, at para. 81). There may

[28] En l'espèce, bien que, lors du procès, M^{me} Pawliw ait rétracté son identification de M. Devine, il existait une possibilité réelle de vérifier son témoignage en la contre-interrogeant. Madame Pawliw a affirmé sous serment qu'elle était consciente de la gravité de sa déclaration au moment où elle l'avait faite et qu'elle s'était efforcée de dire la vérité. Le juge du procès a été en mesure d'évaluer le comportement du témoin et a fait un compte-rendu détaillé de son attitude évasive et de sa réticence à identifier M. Devine dans la salle d'audience. Il a conclu en ces termes, au par. 41 :

[TRADUCTION] J'ai examiné la manière dont M^{me} Pawliw a livré son témoignage à la barre et je l'ai comparée à la manière directe dont elle avait décrit l'incident, et la participation de M. Devine, lorsqu'elle a fait sa déclaration de type KGB aux policiers. Je conclus qu'elle tentait d'éviter d'identifier l'accusé à l'audience et qu'elle tente de se distancier, à la barre, de toute identification de l'accusé.

Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion du juge du procès à cet égard.

[29] Puisque j'ai conclu qu'il y a un fondement suffisant pour apprécier la véracité et l'exactitude de la déclaration, il n'est pas nécessaire de vérifier davantage si elle est susceptible d'être véridique. L'examen des autres indices de fiabilité plaidés par M. Devine ne sera requis que pour l'évaluation de la fiabilité ultime de la déclaration.

2.2.3 L'application du pouvoir discrétionnaire d'exclusion

[30] Même lorsqu'il a été satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité, une question peut subsister dans certaines situations, soit celle de savoir si le juge du procès devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser d'admettre la déclaration au motif que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Par exemple, dans *K.G.B.*, le juge en chef Lamer a reconnu le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de refuser que la déclaration soit soumise au jury comme preuve de fond, même dans le cas où les critères mentionnés dans cet arrêt sont respectés, s'il y a à craindre que la déclaration soit le produit d'une forme d'inconduite

also be other circumstances which would warrant the exercise of the trial judge's residual discretion, however, no such circumstances were present here. In my view, the Court of Appeal was correct to conclude that the trial judge did not err in failing to refer explicitly to the balancing of probative value against prejudicial effect.

2.3 Reasonableness of the Verdict

[31] Mr. Devine submits that the trial judge's verdict is not one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered (see *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, and *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168). In particular, he argues that Ms. Pawliw's identification evidence was insufficient to ground a conviction. I agree with the majority in the Court of Appeal that the quality of the identification evidence was not ideal, and that it would have been preferable for Ms. Pawliw to have identified the assailant from a photo line-up. I am unable to conclude, however, that this renders the verdict unreasonable. Ms. Pawliw's identification evidence was capable of supporting the trial judge's finding that Mr. Devine was the assailant. The trial judge properly assessed the evidence and concluded that he was satisfied beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused. I would therefore not accede to this ground of appeal.

3. Disposition

[32] For the above reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Fix & Smith, Edmonton.

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

de la part des enquêteurs (p. 801-802; *Khelawon*, par. 81). D'autres circonstances pourraient justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. À mon avis, la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en omettant de mentionner expressément l'appréciation de la valeur probante en regard de l'effet préjudiciable.

2.3 Le caractère raisonnable du verdict

[31] Monsieur Devine fait valoir que le verdict du juge du procès n'est pas un verdict qu'un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement prononcer (voir *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, et *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168). Il plaide plus particulièrement que la preuve d'identification présentée par M^{me} Pawliw était insuffisante pour fonder une condamnation. Je suis d'accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel pour dire que la qualité de la preuve d'identification n'était pas idéale et qu'il aurait été préférable que M^{me} Pawliw identifie l'agresseur lors d'une séance d'identification à l'aide de photos. Toutefois, je ne puis conclure que le verdict est déraisonnable pour autant. La preuve d'identification présentée par M^{me} Pawliw pouvait étayer la conclusion du juge du procès selon laquelle M. Devine était l'agresseur. Le juge du procès a correctement évalué la preuve et a conclu qu'il était convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. Je ne ferais donc pas droit à ce moyen d'appel.

3. Dispositif

[32] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Fix & Smith, Edmonton.

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