

[Traduction non officielle produite par le CTDJ, avec le soutien de Justice Canada]

COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

RÉFÉRENCE : R. c. Alvarez, 2021 ONCA 851

DATE : 20211130

DOSSIER : C68202

Les juges Watt, Hoy et Nordheimer, j.c.a.

ENTRE

Sa Majesté la Reine

intimée

et

Tesean Alvarez

appelant

[TRADUCTION NON OFFICIELLE]

M^{es} Delmar Doucette et Zahra Shariff, pour l'appelant

M^e Andrew Cappell, pour l'intimée

Audience tenue le 22 mars 2021 par vidéoconférence

Appel de la déclaration de culpabilité prononcée le 8 août 2019 par le juge Jamie K. Trimble, de la Cour supérieure de justice, à l'issue d'un procès devant jury.

Le juge Watt

[1] Deux hommes dans une camionnette roulent le long d'une rue résidentielle. Tous les deux sont des Blancs âgés d'une cinquantaine d'années. Ce sont deux frères.

[2] Deux piétons marchent le long de la même rue résidentielle. Ce sont deux jeunes Noirs.

[3] Des insultes sont proférées. Des épithètes racistes à l'endroit des Noirs sont utilisées. Une dispute éclate. Le passager sort de la camionnette. Il s'empare d'un bâton de baseball situé à l'arrière du véhicule et s'avance. Il replace le bâton. Ou peut-être pas.

[4] Un des piétons tire quatre coups de fusil. Le passager à bord de la camionnette est atteint. Le tireur et son compagnon s'enfuient à bord d'un véhicule automobile. Le lendemain, des policiers arrêtent deux hommes et trouvent le pistolet avec lequel les coups de feu ont été tirés.

[5] Un jury a déclaré l'appelant coupable de voies de fait graves et de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. L'appelant interjette appel des déclarations de culpabilité prononcées contre lui. Il affirme que le juge a commis plusieurs erreurs dans son exposé au jury et soutient que le verdict de ce dernier n'est pas raisonnable.

[6] Dans les présents motifs, j'explique pourquoi j'accueillerais l'appel, j'annulerais les déclarations de culpabilité et j'ordonnerais un nouveau procès.

Les faits à l'origine du litige

[7] La principale question qui se posait au procès concernait l'identité du tireur. Le jury devait décider si le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait tiré sur Tyler Bradley et l'avait blessé.

[8] À toutes fins utiles, la preuve à charge se compose du témoignage de Tyler Bradley et de son frère Shane concernant les circonstances de la fusillade. D'autres éléments de preuve circonstancielle ont lié l'arme de poing utilisée lors de la fusillade à l'endroit où l'appelant a passé la nuit après l'incident. Cependant, le procureur de la Couronne au procès a admis que cette preuve additionnelle ne satisferait pas à elle seule à la norme de preuve applicable si le jury rejetait les versions données par les frères Bradley au sujet de la fusillade ou qu'il avait un doute raisonnable relativement à ces versions.

[9] C'est donc la responsabilité criminelle de l'appelant qui devait être tranchée en fonction de l'évaluation par le jury de la preuve d'identification par témoin oculaire présentée par deux témoins à la moralité équivoque pouvant faire l'objet d'une mise en garde de type *Vetrovec*. Chacun d'eux a affiché un mépris plus ou moins marqué à l'endroit de la cour et de ses

procédures. L'un et l'autre se sont également tous deux montrés, au mieux, indifférents à l'égard de l'importance de dire la vérité, sauf lorsqu'ils n'avaient pas le choix.

[10] Il convient de résumer les faits à l'origine du litige afin de faciliter la compréhension des moyens d'appel invoqués et des conclusions que je propose à leur égard.

Les frères Bradley

[11] Tyler Bradley habitait dans un logement du sous-sol de la maison située au 175, Morton Way, soit une rue en forme de croissant qui débute et se termine à un croisement en T. Lorsqu'il a témoigné au procès, Tyler Bradley était détenu en attendant son procès à l'égard d'autres accusations. Sur une période de plus de trois décennies, Tyler Bradley a été déclaré coupable de 70 infractions criminelles, notamment de 39 infractions reposant sur la malhonnêteté et de 19 infractions commises à l'encontre de la police ou de l'administration de la justice.

[12] Shane Bradley est le frère aîné de Tyler Bradley. Sur une période de 37 ans, il a été déclaré coupable de 25 infractions criminelles, dont 11 infractions reposant sur la malhonnêteté, trois infractions allant à l'encontre de l'administration de la justice et sept infractions de violence. Lorsqu'il a témoigné au procès, Shane Bradley était détenu et purgeait une peine à l'égard d'une infraction non liée à la présente affaire.

[13] Les deux frères Bradley étaient des consommateurs de drogues, voire des toxicomanes. Chacun d'eux était inscrit à un programme de méthadone.

La relation entre les parties : l'incident du garage

[14] La veille ou l'avant-veille de la fusillade, un incident est survenu dans le garage de la propriété du 175, Morton Way. Tyler Bradley et Brian Larman habitaient dans la maison située à cette adresse-là. Shane Bradley leur rendait fréquemment visite.

[15] Tyler Bradley s'est rappelé que Shane et lui-même étaient dans le garage. Deux jeunes Noirs, que Tyler a appelés « O » et « Rico », s'y trouvaient également. « O » était Voshoun Grant et « Rico », l'appelant. Comme d'habitude, Shane Bradley discutait avec les deux jeunes. Brian Larman, qui vivait au rez-de-chaussée de la maison du 175, Morton Way, est intervenu et a dit aux jeunes de partir, ce qu'ils ont fait.

[16] Brian Larman avait un souvenir différent des événements. Tyler Bradley criait après un jeune Noir qui se trouvait dans le garage. Shane Bradley n'était pas présent. Tyler Bradley retenait le jeune qui tentait de quitter le garage. Ils ont commencé à se battre. Brian Larman a contenu Tyler et a dit au jeune de partir. Le jeune s'est enfui. Brian Larman a vu une

deuxième personne sur la rue, mais n'avait aucune raison de penser que cette personne était liée au jeune avec qui Tyler avait eu une altercation dans le garage.

[17] Brian Larman n'a pas reconnu le jeune dans le garage. Il a demandé à Tyler quel était le nom du jeune. Tyler a expliqué que c'était le frère cadet de « C », « Rico ». M. Larman avait déjà vu Rico aller et venir devant la maison du 175, Morton Way. Selon Brian Larman, Rico était [TRADUCTION] « un p'tit jeune » du début ou milieu de l'adolescence; il mesurait environ cinq pieds et pesait une centaine de livres.

[18] Brian Larman a dit que Rico avait un tatouage au cou. Lorsqu'il a été interrogé par la police peu après la fusillade, M. Larman a dit qu'il n'avait pas remarqué si Rico avait un tatouage. Au procès, il s'est rappelé avoir vu un tatouage sur Rico juste après son départ du poste de police. En réinterrogatoire, après que sa mémoire eut été rafraîchie, M. Larman s'est rappelé également qu'il avait parlé du tatouage à la police avant de quitter le poste de police.

[19] Un exposé conjoint des faits (ECF) a été déposé au procès. Les parties ont convenu que Brian Larman est resté au poste de police trois heures et 15 minutes après la fin de son interrogatoire mené par la police. Pendant tout ce temps, selon Larman, des agents de police entraient constamment dans la salle où il se trouvait. Ils lui ont posé des questions. Ils lui ont montré une série de six à huit photographies présentées sur une seule page. Les agents ont demandé si la photographie de Rico se trouvait dans la série. Larman n'a pu identifier Rico sur les photographies.

[20] Selon l'ECF, le ministère public a été incapable de réfuter :

- i. l'allégation de Larman selon laquelle une série de photographies lui avait été montrée;
- ii. le fait que, si ces photographies existaient, elles avaient été détruites ou perdues.

Il n'y a aucun registre des interactions qui auraient eu lieu entre la police et Larman après la fin de l'interrogatoire de ce dernier et avant son départ du poste de police plus de trois heures plus tard.

[21] Shane Bradley n'a pas dit au cours de son témoignage qu'il se trouvait dans le garage lorsqu'une altercation a eu lieu entre son frère et Rico un ou deux jours avant la fusillade au cours de laquelle Tyler a été atteint.

La fusillade

[22] Vers la fin d'un après-midi de novembre, les frères Bradley ont quitté la maison du 175, Morton Way à bord d'une camionnette. Shane Bradley conduisait. Juste avant qu'ils se mettent en route ou peu après leur départ,

l'un d'eux a commencé à se disputer avec deux jeunes Noirs, qui étaient à pied. Les deux jeunes hommes se sont approchés du camion. Ils ont nargué les frères Bradley. Des épithètes à caractère racial ont été proférées par Shane Bradley. Tyler Bradley est sorti de la camionnette. Il s'est emparé d'un bâton de baseball qui se trouvait à l'arrière du véhicule et a marché en direction des deux jeunes hommes. Les récits ne concordent pas quant à la question de savoir s'il tenait le bâton ou s'il l'avait remis en place à l'arrière du véhicule.

[23] L'appelant, que les Bradley connaissaient sous le nom de Rico, a tiré quatre coups de fusil. Selon les Bradley, les deux premiers coups ont atteint Tyler à la main et au bras gauches et les deux derniers, à l'abdomen.

[24] Les enquêteurs ont trouvé trois douilles pour arme de calibre 40 et une balle tirée à l'emplacement de la fusillade. Ils ont trouvé une deuxième balle sur la civière dans l'ambulance qui a transporté Tyler Bradley vers l'hôpital. Aucun dommage causé par une balle n'a été constaté sur la camionnette.

Après la fusillade

[25] Tyler Bradley a marché vers le côté passager de la camionnette ou s'est fait aider pour y retourner. Rico a laissé tomber l'arme. O l'a ramassée. Rico et O se sont rendus jusqu'à une voiture de couleur gris argent qui était déjà garée ou qui venait d'arriver sur la rue. Ils sont partis à bord de ce véhicule.

[26] Shane Bradley est retourné à la maison du 175, Morton Way. Il a téléphoné au service 911. Il a dit que le tireur était Rico et que l'autre homme était O. Il a expliqué que Tyler s'était disputé avec ces hommes, mais il a affirmé ne pas savoir dans quelles circonstances Tyler avait fait la connaissance de ses assaillants.

[27] Les policiers sont arrivés. Ils ont arrêté Shane Bradley en vertu d'un mandat qui avait été délivré contre lui et l'ont conduit en détention.

L'arrestation de l'appelant

[28] Deux agents de police ont été chargés de trouver le véhicule de couleur gris argent à bord duquel l'appelant et O avaient quitté le secteur de la fusillade. Ils ont vu O dans une file d'attente à un restaurant Tim Hortons où ils s'étaient arrêtés pour prendre un café. Ils ont arrêté O. Ils ont appris d'un chauffeur de taxi qu'O venait de la propriété du 92, Arizona Drive. La police a commencé à surveiller les allées et venues à cette adresse.

[29] Environ 45 minutes plus tard, l'appelant est sorti de la propriété située au 92, Arizona Drive. Il est allé au même restaurant Tim Hortons où O avait été arrêté. Comme il s'apprêtait à revenir vers la propriété du 92, Arizona Drive, une voiture de police est passée par là. L'appelant a couru

vers la propriété du 92, Arizona Drive et il a été arrêté là quelques minutes à peine après son arrivée.

[30] Les policiers ont saisi la veste de l'appelant dès l'arrestation. Ils ont appris que l'appelant était également connu sous le nom de « S.T. ». Il mesurait 5 pi 5 po. Au cours d'une perquisition de la résidence, les policiers n'ont trouvé aucun des effets personnels de l'appelant. Cependant, ils ont trouvé l'arme de poing de calibre .40 qui avait été utilisée pour tirer sur Tyler Bradley dans une tuque dissimulée derrière les coussins d'une causeuse de la salle de séjour du deuxième étage. Il n'y avait aucune cartouche dans la chambre, mais le chargeur contenait 14 balles. Aucune trace d'ADN ou empreinte digitale de l'appelant n'a été trouvée sur l'arme de poing, le chargeur ou les munitions logées à l'intérieur du chargeur.

[31] Lorsqu'il a été arrêté, l'appelant portait un manteau d'hiver. Les examinateurs judiciaires ont trouvé deux particules de résidu de tir (RT) sur la veste, mais aucune sur son jean. Les RT peuvent être transférés d'une source à une autre, y compris des agents de police, leur équipement, leurs véhicules et l'ameublement des postes de police. L'appelant a eu des contacts avec cinq policiers armés, avec le siège arrière d'une voiture de police et avec l'environnement d'une salle d'interrogatoire du poste de police.

La preuve d'identification

[32] L'identification de l'appelant à titre de tireur — Rico — reposait entièrement sur le témoignage oculaire de Shane et Tyler Bradley. Leur témoignage faisait également l'objet d'une mise en garde de type *Vetrovec*. Chacun d'eux a longuement témoigné au procès au sujet des circonstances qui l'ont conduit à identifier l'appelant comme étant le tireur. Ces témoignages couvraient les contacts qu'ils ont eus avec la police après la fusillade, la présentation de photographies et les demandes qu'ils ont formulées à la police tout au long du processus d'identification.

Shane Bradley

[33] Au cours de son appel au service 911, Shane Bradley a dit à l'opératrice que « Rico » avait tiré sur Tyler Bradley et que « O » était avec lui.

[34] Shane Bradley a été arrêté aux termes d'un mandat en vigueur qui avait été délivré contre lui lorsque la police est arrivée pour enquêter sur la fusillade au cours de laquelle le frère de Shane avait été atteint. Il est demeuré détenu tout au long de l'enquête. À plusieurs occasions, il a parlé à la police au sujet des circonstances de la fusillade et de l'identité du tireur. Seules quelques-unes des entrevues ont été enregistrées.

[35] Dans sa première déclaration, enregistrée quelques heures après la fusillade, Shane Bradley a dit à la police qu'il ne connaissait ni le tireur ni le compagnon de celui-ci. Il a dit à l'agent qui l'interrogeait, le constable Lovell, que si celui-ci voulait connaître l'identité du tireur, il devrait le remettre en liberté sur promesse de comparaître. Il a également dit : [TRADUCTION] « Je ne connais même pas ces putains de voyous ... va te faire foutre [...] va donc attraper toi-même ces putains de petits n***s ».

[36] Shane Bradley voulait également obtenir la méthadone qui avait été prescrite pour lui. Il a demandé qu'on le conduise à une pharmacie afin qu'il obtienne sa méthadone. Pendant le trajet menant à la pharmacie, la police a emmené Shane Bradley près des lieux de la fusillade. Shane a montré trois maisons correspondant aux adresses 69-71-73, Morton Way. Il a dit que l'un des trois, Jay ou Rico, qui étaient des frères, ou leur ami, Chris, vivait là. Également pendant le trajet, Shane a donné au constable Lovell les numéros de téléphone de Jay et de l'appelant. Une enquête policière subséquente a permis de relier les numéros à la propriété du 75, Morton Way au moyen de données d'entreprises de taxi.

[37] Le constable Lovell a montré à Shane Bradley des photos uniques d'O et de Rico, ainsi que de Voshoun Grant et de l'appelant. Cela s'est passé dans les cellules. Shane Bradley a dit que les photos représentaient O et Rico. Cette conversation n'a pas été enregistrée. Avant cette discussion dans les cellules, Bradley a dit que le constable Lovell lui avait montré une série de six à huit photographies, y compris des photos d'O et de Rico. Aucun document n'appuie cette présentation d'une série de photos. L'affirmation de Bradley quant à l'existence d'une série de photos n'a pu être réfutée non plus. Lorsque Shane Bradley a confirmé dans une brève déclaration enregistrée que les photographies uniques représentaient O et Rico, il a été remis en liberté sur promesse de comparaître.

[38] Le constable Lovell savait que, selon les meilleures pratiques à suivre, l'agent indépendant non enquêteur devait montrer au témoin oculaire un groupe de photographes présentées de façon aléatoire. Même s'il était l'enquêteur principal, le constable Lovell a montré les photographies uniques à Shane Bradley. L'agent estimait que le protocole de la police était inapplicable. Son enquête portait sur une affaire de « reconnaissance » et non d'identification. Il ne s'est pas inquiété non plus de la différence entre la description que Larman a donnée de Rico, soit un jeune de petite taille mesurant 4 pi 5 po, et l'âge et la grandeur réels de l'appelant, qui est un homme dans la vingtaine mesurant 5 pi 5 po. Il a montré les photographies uniques à Shane Bradley dans les cellules parce que Bradley refusait de sortir de sa cellule. Le constable Lovell n'a pris aucune mesure pour conserver l'enregistrement vidéo de l'emplacement des cellules.

[39] Au procès, Shane Bradley a dit que le tireur était [TRADUCTION] « juste un Noir » mesurant environ 5 pi 5 po. Il avait une stature normale et pesait entre 140 et 150 livres. Shane Bradley connaissait « vaguement » les deux hommes. Ils lui semblaient familiers. Il a ajouté que leurs noms étaient O et Rico. Il les avait rencontrés à différentes occasions pour qu'ils lui vendent de la drogue. Son témoignage a varié quant au nombre de fois qu'il les avait rencontrés. Cependant, malgré ces nombreuses rencontres précédentes, Shane Bradley n'a pu dire si Rico portait un tatouage. Tant à l'enquête préliminaire qu'au procès, Shane Bradley a dit que l'appelant était Rico.

Tyler Bradley

[40] Tyler Bradley a fourni une déclaration à la police trois semaines après avoir été atteint lors d'une fusillade. Il a refusé de faire enregistrer la déclaration. Il a dit à la police qu'il avait traité avec O par l'entremise de son frère Shane Bradley. Il avait vu Rico, mais n'avait jamais eu affaire à lui. O et Rico se ressemblaient beaucoup. Ils ont toujours porté la capuche de leur hoodie relevée. Il croyait qu'ils étaient des frères. L'un d'eux avait un tatouage près du visage ou du cou. Tous les deux étaient allés dans le garage à la maison de Brian Larman afin de faire affaire avec Shane.

[41] Selon Tyler Bradley, la police lui a montré un « tas de photos », peut-être lorsqu'il a fait sa déclaration. Cependant, selon un ECF déposé au procès, aucun agent de police n'avait le moindre souvenir, note ou registre du fait que des photographies avaient été montrées à Tyler Bradley, que ce soit de façon groupée ou séparée. Si des photographies ont été montrées, elles ont été détruites ou perdues.

[42] Lorsqu'il a témoigné à l'enquête préliminaire, Tyler Bradley a fait une identification au banc des accusés tant de l'appelant que de Grant, les deux seules personnes qui y étaient assises. C'était la première fois que Tyler identifiait l'appelant comme étant le tireur. Tyler a nié que la remarque de son frère, à savoir [TRADUCTION] « Envoie-le en prison, Tyler. Il l'a fait, tu l'as vu. Maintenant, tu dois l'envoyer en prison », l'avait influencé de quelque façon que ce soit. Tyler a également affirmé au cours du procès que Rico et O avaient tous les deux des pistolets. C'est quelque chose que Shane lui avait dit, mais Tyler lui-même n'avait pas vu O avec une arme. Depuis la barre des témoins, Tyler Bradley a pu voir que l'appelant portait un tatouage au cou. Il a témoigné que Rico avait un tatouage au cou.

[43] Tyler Bradley posait problème comme témoin au procès. En raison de son attitude hostile et de la teneur de son témoignage précédent, le procureur de la Couronne a présenté une requête en vue d'obtenir l'autorisation de contre-interroger en vertu du [paragraphe 9\(2\)](#) de la *Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5*, et a plus tard cherché à faire admettre le témoignage qu'il avait présenté à l'enquête préliminaire en

invoquant l'arrêt *R. c. B.(K.G.)*, [1993 CanLII 116 \(CSC\)](#), [1993] 1 R.C.S. 740.

[44] Le premier jour de son témoignage, Tyler a affirmé que son frère et lui avaient rencontré deux hommes au teint foncé au croisement en T de la rue Morton Way. Les deux hommes, qui étaient de taille moyenne, portaient un hoodie. Il n'a pu dire s'il s'agissait de Noirs ou de Sud-Asiatiques. Il croyait que son frère avait appelé l'un d'eux « Rico » et l'autre, « O ». Il n'était pas certain d'avoir déjà vu les hommes parmi ceux qui étaient venus au 175, Morton Way pour vendre de la drogue à son frère. Il n'avait jamais parlé à ces hommes.

[45] Tyler Bradley a d'abord dit que les deux hommes mesuraient environ 5 pi 8 po. Plus tard, il a dit que le plus court des deux mesurait [TRADUCTION] « peut-être un pied de moins » que l'autre homme. Il n'a pu décrire aucune caractéristique permettant d'identifier le tireur, comme l'existence de poils au visage ou de tatouages. Il a dit qu'il mentirait s'il identifiait l'appelant comme étant le tireur. Il a expliqué que son frère avait exercé des pressions sur lui pour qu'il identifie l'appelant comme étant le tireur à l'enquête préliminaire. Lorsqu'il s'est fait demander s'il voyait le tireur dans la salle d'audience au procès, Tyler Bradley a répondu qu'il ne voyait pas le tireur à cet endroit-là. À un certain moment, il a mentionné que l'un des jurés aurait pu être le tireur.

[46] Après cette réponse, le procureur de la Couronne a présenté une requête fondée sur le [paragraphe 9\(2\)](#) de la [Loi sur la preuve au Canada](#) afin d'obtenir l'autorisation de contre-interroger Tyler Bradley sur le témoignage qu'il avait présenté à l'enquête préliminaire, au cours duquel il avait dit que l'appelant était le tireur. Pendant le contre-interrogatoire que le procureur de la Couronne a mené au sujet du témoignage que Tyler avait présenté à l'enquête préliminaire, le témoin a dit qu'il ne savait pas si le tireur avait un tatouage au cou, parce qu'il n'avait pas été suffisamment près de lui pour le remarquer et que la capuche du hoodie du tireur était relevée. Il a identifié l'appelant et Grant comme étant le tireur à l'enquête préliminaire parce qu'ils étaient les deux seules personnes [TRADUCTION] « au banc des punitions ».

[47] Le ministère public a ensuite présenté une requête fondée sur l'arrêt *B.(K.G.)* afin de faire admettre le témoignage présenté par Tyler Bradley à l'enquête préliminaire. Au cours de son interrogatoire principal tenu dans le cadre du voir-dire de type *B.(K.G.)*, Tyler Bradley a affirmé qu'il avait été la cible de menaces générales parce qu'il était un « mouchard ». Comme il l'a précisé plus tard, les menaces n'étaient pas liées à l'appelant. Il a également affirmé qu'il ne voulait pas [TRADUCTION] « faire emprisonner un gars s'il

n'est pas coupable ». Il a dit qu'il ne pouvait se rappeler s'il connaissait la personne qui avait tiré sur lui.

[48] Une fin de semaine a passé avant que Tyler Bradley ne poursuive son témoignage dans le cadre du voir-dire de type *B.(K.G.)*. Tyler Bradley avait changé d'idée. Certains fonctionnaires du tribunal ainsi que des membres du personnel affecté aux cellules et aux déplacements des détenus l'ont prévenu qu'il risquait d'être accusé de parjure ou d'entrave à la justice s'il donnait un témoignage différent de celui qu'il avait présenté à l'enquête préliminaire. Les agents ne voulaient pas qu'il soit accusé. Il a donc décidé de témoigner dans le sens du témoignage qu'il avait présenté à l'enquête préliminaire. Les parties ont convenu que la requête fondée sur l'arrêt *B.(K.G.)* devrait être rejetée. Le voir-dire a pris fin et Tyler Bradley est retourné à la barre des témoins en présence du jury.

[49] À son retour à la barre des témoins, Tyler Bradley a admis qu'il avait fait un faux témoignage parce qu'il craignait de se faire traiter de « mouchard ». Il a répété qu'aucune des menaces qu'il avait reçues n'était liée à l'appelant. Il a expliqué les renseignements qu'il avait reçus des gardiens et a dit craindre que son plan ne déraile, c'est-à-dire qu'il pourrait difficilement plaider coupable à une accusation en instance punissable d'une peine « déjà purgée » s'il était accusé de parjure ou d'entrave à la justice.

[50] Tyler Bradley a ensuite témoigné au sujet de la connaissance qu'il avait de Rico, qu'il a identifié comme étant l'appelant, et d'O. Il les avait vus tous les deux lors d'opérations de drogue au 175, Morton Way. Le nombre d'occasions a varié sensiblement au fur et à mesure qu'il a tenté de faire comprendre que [TRADUCTION] « je connais bel et bien les personnes ». Le garage dans lequel les opérations liées à la drogue se sont déroulées était petit. Il a vu de près Rico et O et les avait également vus plusieurs fois sur la rue.

[51] Selon Tyler Bradley, l'appelant, était un jeune homme noir au teint clair qui mesurait environ 5 pi 2 po ou 5 pi 4 po. Il avait un tatouage de quatre ou cinq pouces sur le côté gauche du cou. Tyler Bradley a vu le tatouage lorsqu'il s'est retourné entre les deuxième et troisième tirs. Lorsqu'une photographie de face de l'appelant, dont la capuche du hoodie était abaissée, lui a été montrée, Tyler Bradley a admis que le tatouage de l'appelant n'était pas visible. Néanmoins, il a réaffirmé qu'il avait vu le tatouage lors de la fusillade. Il était certain [TRADUCTION] « à 150 % » que l'appelant était [TRADUCTION] « le putain de tireur ».

La preuve à décharge

[52] L'appelant n'a pas témoigné ni n'a fait témoigner qui que ce soit pour sa défense.

La thèse des parties au procès

[53] Au procès, le ministère public s'est fondé sur l'identification oculaire faite par les frères Bradley pour établir que l'appelant, qu'ils connaissaient sous le nom de Rico, était le tireur. Ils l'avaient déjà vu lorsqu'ils avaient acheté de la drogue à différentes occasions au garage du 175, Morton Way et ils avaient vu Rico et O dans le voisinage de l'endroit où ils habitaient. Leur témoignage a été confirmé par celui de Brian Larman, qui a également remarqué le tatouage au cou de l'appelant. D'autres éléments de preuve tendaient à relier l'appelant à l'arme de poing utilisée lors de la fusillade et, au moyen des RT trouvés sur sa veste, à la décharge d'une arme à feu.

[54] Au soutien de sa thèse selon laquelle l'appelant avait l'intention de tuer Tyler Bradley, le ministère public s'est fondé sur la preuve d'un mobile découlant de l'altercation survenue entre l'appelant et Tyler Bradley deux ou trois nuits plus tôt. Battu par Tyler Bradley lors de l'altercation, l'appelant a tenté de se venger en tirant sur lui sur la rue. L'appelant et O se sont placés dans une position avantageuse. Les coups de feu ont été tirés à quelques pieds de distance seulement et les tirs se sont poursuivis, selon Tyler, après que les deux premiers l'eurent atteint à la main et au bras et les deux derniers, au milieu du corps. L'appelant et O ont ensuite quitté rapidement les lieux de la fusillade en hélant un véhicule, qui se trouvait déjà dans le secteur, pour prendre la fuite.

[55] L'appelant a soutenu que, au départ, la preuve semblait montrer que Voshoun Grant était le tireur. La situation a changé radicalement lorsque le constable Lovell est intervenu dans l'enquête. Le constable Lovell savait que l'appelant et Grant étaient des frères. Il a cru que l'appelant était coupable parce qu'il était le frère de Grant. À compter de ce moment-là, l'enquête a été orientée vers la vérification de la conclusion prématurée du constable Lovell et non vers la recherche de la vérité.

[56] L'avocat de la défense a invité le jury à examiner les descriptions du tireur faites avant que le constable Lovell ne montre la photographie de l'appelant à Shane Bradley. Avant ce point d'inflexion, Shane Bradley n'avait aucune raison de piéger l'appelant, qu'il ne connaissait même pas. Par la suite, le témoignage des frères Bradley a évolué pour cadrer avec la description de la personne dont ils s'étaient fait dire par le constable Lovell qu'il s'agissait du tireur, soit l'appelant. Les descriptions données par les frères Bradley et par Brian Larman avant le point d'inflexion étaient sincères

et plus fiables, en raison de leur proximité par rapport à la fusillade elle-même. Selon ces descriptions, le tireur n'aurait pu être l'appelant.

[57] Après le point d'inflexion, le témoignage de Shane, puis celui de Tyler Bradley, ont évolué pour cadrer avec la thèse de la police selon laquelle l'appelant était le tireur. Aucun registre n'a été tenu au sujet des interactions entre la police et les frères Bradley et Brian Larman. Les dossiers de la police ne renferment aucune mention du fait que l'appelant était connu sous le nom de « Rico ». Les identifications initiales et subséquentes au banc des accusés sont sans valeur. Les frères Bradley sont des menteurs et des fanatiques. Leur identification de l'appelant comme étant le tireur est motivée par la vengeance, soit leur désir de voir un jeune Noir puni pour avoir tiré sur Tyler Bradley. Ils ne se souciaient nullement du fait que la personne qu'ils ont identifiée n'était pas le tireur en réalité.

Les moyens d'appel

[58] Les principaux moyens d'appel concernent des lacunes que comporterait l'exposé du juge du procès au jury. L'appelant soutient qu'en raison de ces lacunes, le jury n'était pas en mesure de faire une évaluation éclairée de la crédibilité des principaux témoins et de la fiabilité de leur témoignage.

[59] L'appelant soutient que le juge du procès a commis les erreurs suivantes :

- i. il n'a pas donné de directives appropriées au jury au sujet de la fiabilité du témoignage de Shane et de Tyler Bradley;
- ii. il a donné des directives erronées au jury sur la preuve qui pouvait confirmer le témoignage de Shane et de Tyler Bradley, qui étaient des témoins à la moralité équivoque pouvant faire l'objet d'une mise en garde de type *Vetrovec*;
- iii. il n'a pas souligné expressément au jury qu'une seule différence entre les caractéristiques décrites et les caractéristiques connues d'un accusé mine la validité de l'identification de cette personne à titre d'auteur du crime et élimine la possibilité que celle-ci ait participé à l'infraction ou soulève un doute raisonnable à ce sujet;
- iv. il n'a pas donné au jury des directives sur les faiblesses de l'identification interraciale et sur la nécessité de tenir compte du racisme dans l'évaluation de la fiabilité de la preuve d'identification.

Le dernier moyen d'appel concerne le caractère raisonnable du verdict du jury.

Premier moyen d'appel : directives au jury sur la fiabilité de la preuve d'identification

[60] Selon ce moyen d'appel, l'exposé du juge du procès comporterait plusieurs erreurs concernant la preuve d'identification, notamment quant à la fiabilité de cette preuve. La teneur de cette preuve a déjà été décrite. Afin de faciliter l'analyse de cette question, il convient de présenter un bref aperçu de l'exposé ainsi que des observations des parties au sujet de sa justesse.

L'exposé au jury

[61] Le juge du procès a remis aux avocats des versions provisoires de l'exposé qu'il avait préparé avant de le présenter au jury. Des discussions ont eu lieu par la suite afin que le juge du procès et les avocats en arrivent à un exposé final qui tiendrait compte des préoccupations des parties et permettrait au jury d'en arriver à une décision éclairée.

[62] Au début de son exposé, le juge du procès a donné des directives au jury sur l'évaluation de la preuve. Il a utilisé les mots « crédibilité » et « fiabilité » et a en expliqué le sens avant d'indiquer aux jurés les questions qu'ils devraient se poser pour évaluer la déposition de chacun des témoins. Le juge du procès a ensuite expliqué la différence entre des éléments de preuve « inculpataires » et « disculpatoires » et a donné plusieurs exemples de chaque type tirés principalement du témoignage des frères Bradley. Cette distinction découlait des observations finales de l'avocat de la défense.

[63] À la fin de ses observations concernant les éléments de preuve inculpataires et disculpatoires liés à l'identité de l'appelant à titre de tireur, le juge du procès a ajouté une directive modifiée selon l'arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991 CanLII 93 \(CSC\)](#), [1991] 1 R.C.S. 742. Dans cette nouvelle directive, le juge a précisé que, même si le jury rejetait les éléments de preuve disculpatoires, il pourrait conclure que l'appelant avait tiré sur Tyler Bradley uniquement si le reste de la preuve qu'il accepterait établissait ce fait hors de tout doute raisonnable.

[64] Le juge du procès a donné de longues explications au jury au sujet de la preuve d'identification par témoin oculaire. Il a commenté notamment les faiblesses inhérentes de cette preuve et le risque d'erreur judiciaire qui y était associé. Le juge a également commenté l'applicabilité des mêmes principes à la preuve de reconnaissance, mais non aux éléments de preuve disculpatoires. Il a aussi donné des directives précises au sujet de l'absence de valeur des identifications faites à l'audience et des répercussions des procédures d'identification défectueuses sur la fiabilité des identifications subséquentes.

[65] Comme il l'avait fait dans ses directives générales sur l'évaluation de la preuve, le juge du procès a dit au jury de tenir compte d'une panoplie de facteurs pour évaluer les témoignages des témoins oculaires. Les circonstances dans lesquelles l'identification avait été faite. Les incohérences dans les descriptions du tireur et des événements. Les explications données par les témoins à leur égard. La mesure dans laquelle les témoins connaissaient la personne identifiée. La fiabilité des souvenirs des témoins. Les circonstances de la procédure d'identification, comme la présentation de photos uniques ou d'une série de photographies, y compris des photographies de l'appelant. L'influence d'autres personnes sur les descriptions et l'identification faites par un témoin donné.

Les arguments invoqués en appel

[66] L'appelant soutient qu'une évaluation éclairée de la fiabilité de la preuve d'identification par témoin oculaire repose principalement sur la procédure par laquelle l'identification a été faite et étayée. Dans ses directives, le juge aurait dû mettre l'accent sur les moments clés auxquels les témoins ont d'abord identifié l'appelant comme étant le tireur et sur les faits ayant conduit à ces moments. Les directives comportent plusieurs lacunes évidentes, de sorte que les verdicts du jury ne peuvent être confirmés.

[67] Dans ses premières déclarations, Shane Bradley a dit à la police qu'il ignorait qui avait tiré sur son frère. Au cours de l'interrogatoire suivant, il a dit à la police que les photographies d'autres personnes qui lui avaient été montrées [TRADUCTION] « pouvaient être celles de Rico ». Il recherchait des indices pouvant l'éclairer sur ce que l'agent voulait qu'il dise. Shane Bradley a dit se souvenir [TRADUCTION] « jusqu'à un certain point » qu'une série de six à huit photographies, qui comprenaient probablement la photographie des personnes que la police soupçonnait d'être les auteurs de la fusillade, lui ont été présentées. Lorsque des photographies uniques de l'appelant et de Grant lui ont ensuite été montrées, pour la première fois, à ce « moment crucial », il a identifié l'appelant comme étant Rico. Shane Bradley a ensuite été remis en liberté sur promesse de comparaître après avoir été arrêté aux termes d'un mandat en vigueur lancé contre lui.

[68] L'appelant admet que le juge du procès a passé en revue certains aspects du processus dans le cadre duquel Shane Bradley a d'abord dit ignorer qui était le tireur pour ensuite identifier l'appelant comme étant l'assaillant. Cependant, le juge a omis de donner des directives sur d'autres aspects du processus alors qu'il était essentiel qu'il le fasse. Les omissions importantes comprennent celles d'expliquer plusieurs dangers inhérents :

- i. le fait de montrer à un témoin oculaire seulement une photographie du suspect;

- ii. l'absence de registre faisant état des propos de l'agent lorsqu'il avait montré la photographie en question;
- iii. le fait que c'était l'enquêteur, plutôt qu'un agent non lié à l'enquête, qui avait montré la photographie unique et la série de photographies.

[69] L'appelant reproche également au juge du procès d'avoir lié à tort la provenance des photographies uniques montrées à Shane Bradley au fait que le constable Lovell n'avait pas suivi le protocole de son propre service de police. Le juge du procès aurait dû indiquer clairement que, indépendamment de l'application du protocole, la fiabilité de la soi-disant identification était gravement compromise.

[70] En ce qui a trait au fait que Tyler Bradley a identifié l'appelant et Grant pour la première fois lorsque chacun s'est assis [TRADUCTION] « au banc des punitions » à l'enquête préliminaire, le juge du procès a omis de mentionner un autre danger précis dans les directives qu'il a données au sujet de l'identification traditionnelle « au banc des accusés ». Le danger additionnel omis concernait le lien entre l'identification et le fait que Shane avait conseillé à Tyler de faire emprisonner le tireur, lequel lien découlait lui-même d'une procédure d'identification viciée fondée sur une seule photographie.

[71] La dernière omission concernait l'absence de trace écrite concernant les photographies montrées aux frères Bradley et à Brian Larman avant l'identification. Le juge du procès n'a pas indiqué au jury que les parties avaient convenu que le ministère public ne pouvait nier, comme les témoins l'ont affirmé, que d'autres photographies avaient été montrées avant que les identifications ne soient faites. Cette absence de preuve avait une importance vitale aux fins d'une évaluation éclairée de la fiabilité de la preuve d'identification. Elle aurait dû être portée à l'attention du jury.

[72] L'intimée admet que, lorsque la thèse du poursuivant dépend en grande partie de la preuve d'identification par témoin oculaire, le juge du procès doit donner des directives au jury au sujet des faiblesses inhérentes de cette preuve. Le juge aurait dû expliquer les raisons pour lesquelles la prudence était de mise et préciser qu'une identification erronée faite par des témoins honnêtes avait donné lieu à des erreurs judiciaires par suite desquelles des accusés avaient été à tort déclarés coupables de crimes qu'ils n'avaient pas commis. Le juge aurait dû préciser également que la confiance des témoins quant à l'exactitude de leur identification ne signifie nullement qu'ils ont effectivement raison et que ces mêmes préoccupations et mises en garde s'appliquent à la preuve d'opinion de reconnaissance, qui constitue en réalité une forme de preuve d'identification.

[73] L'intimée reconnaît qu'en plus de ces directives générales concernant les faiblesses inhérentes de la preuve d'identification par témoin oculaire et

de la preuve d'opinion de reconnaissance, l'exposé au jury devrait comporter des directives sur les faiblesses spécifiques de la preuve présentée au procès. De cette façon, le décideur est informé non seulement des faiblesses inhérentes de la preuve d'identification par témoin oculaire, mais également des faiblesses spécifiques de la preuve dont il doit tenir compte pour en arriver à son verdict.

[74] L'intimée nous rappelle que, dans l'examen de la justesse des directives du juge du procès, il faut conserver à l'esprit le fait que les juges de procès bénéficient d'une grande marge de manœuvre dans la façon dont ils guident les jurés au sujet des faiblesses inhérentes de la preuve d'identification par témoin oculaire et de la teneur de leur témoignage. Ces directives doivent être examinées dans le contexte de l'ensemble de l'exposé, de la preuve présentée au procès et des thèses avancées par les parties.

[75] De l'avis de l'intimée, dans la présente affaire, le juge du procès a soigneusement et correctement instruit le jury au sujet des faiblesses de la preuve d'identification par témoin oculaire. Il a donné des directives au milieu du procès pendant le témoignage de Shane Bradley, et des directives plus détaillées dans son exposé. Il a indiqué clairement dans celui-ci que les faiblesses inhérentes de la preuve d'identification par témoin oculaire s'appliquaient à la preuve d'opinion de reconnaissance et, par conséquent, au témoignage des frères Bradley au procès.

[76] L'intimée affirme que le juge du procès a décrit avec justesse dans son exposé la question que le jury devait trancher au sujet de la présentation des photographies aux témoins oculaires. Il a expliqué le rôle de la directive ou du protocole de la police et a dit au jury que, s'il estimait que la directive était applicable, l'omission de la respecter pouvait en soi l'inciter à rejeter l'identification par Shane Bradley de l'appelant en qualité de tireur. De plus, l'omission de respecter à la lettre la directive de la police ne minait pas la fiabilité de la preuve d'identification présentée par un témoin qui connaissait déjà la personne qu'il a identifiée.

[77] Selon l'intimée, le juge du procès n'était pas tenu de prévenir le jury de la possibilité que Tyler Bradley ait identifié à l'audience l'appelant comme étant le tireur par suite de la demande de Shane, qui avait dit [TRADUCTION] « Tu dois le faire emprisonner ». Ce n'est rien de plus qu'une demande d'un homme exhortant son frère à témoigner contre la personne qui, d'après ce que Tyler savait, avait tiré sur lui.

[78] Aucune autre mise en garde n'était nécessaire non plus en ce qui a trait aux groupes de photographies que le constable Lovell aurait peut-être montrées aux frères Bradley et à Brian Larman, mais qui n'ont pas été conservées. La preuve n'indique pas clairement si cette série de

photographies a effectivement été montrée à ces témoins. L'incertitude entourant ces soi-disant présentations ne permet pas de dire qu'une mise en garde devait être donnée dans l'exposé au jury. Cette directive aurait contredit, du moins jusqu'à un certain point, la thèse de la défense au procès selon laquelle le constable Lovell avait montré à Shane Bradley seulement une photographie de l'appelant afin de favoriser l'identification de celui-ci comme étant le tireur.

Les principes applicables

[79] Les principes sur lesquels repose notre conclusion sur ce moyen d'appel suscitent peu de controverse entre les parties. Comme il fallait s'y attendre, la divergence entre les parties concerne plutôt le résultat auquel devrait donner lieu l'application de ces principes à la présente affaire.

Révision en appel des directives au jury

[80] Les parties à un procès criminel devant jury ont droit à un jury qui a reçu des directives appropriées. Il ne s'agit pas d'un droit à un jury ayant reçu des directives parfaites (*R. c. Jacquard*, [1997 CanLII 374 \(CCC\)](#), [1997] 1 R.C.S. 314, aux par. [2](#), 32; *R. c. Daley*, [2007 CSC 53](#), [2007] 3 R.C.S. 523, au par. [31](#)). Les directives au jury visent à permettre à celui-ci d'en arriver à une décision éclairée sur la preuve présentée au procès. En conséquence, à titre de tribunal de révision, nous évaluons la justesse des directives au jury en fonction de la mesure dans laquelle elles permettent d'atteindre leur objet (*Jacquard*, au par. [32](#)).

[81] Dans l'analyse fonctionnelle que nous menons pour évaluer la justesse des directives données au jury, nous examinons l'ensemble de l'exposé dans le contexte du procès au cours duquel celui-ci a été présenté. Ce contexte comprend la preuve présentée, les thèses avancées par les parties et une reconnaissance du fait que l'exposé au jury ne constitue qu'une partie, bien qu'une partie importante, du procès devant jury (*Jacquard*, aux par. [14](#), [20](#); *Daley*, aux par. [28](#), [58](#); *R. c. Jaw*, [2009 CSC 42](#), [2009] 3 R.C.S. 26, au par. [32](#); *R. c. Calnen*, [2019 CSC 6](#), [2019] 1 R.C.S. 301, au par. [153](#), la juge Martin (dissidente, mais non sur ce point)).

[82] Les allégations selon lesquelles l'absence de directives équivaut à des directives erronées doivent également faire l'objet d'une analyse fonctionnelle et d'une analyse du contexte à l'aide de la preuve présentée, des thèses avancées par les parties et des circonstances de l'affaire portée en appel.

[83] À moins que d'autres éléments n'indiquent le contraire, l'absence de directives n'équivaut pas à des directives erronées. Les directives sont erronées lorsque le juge formule des observations qui sont fausses ou qui

inciteraient le jury à mal interpréter ce qu'il lui a donné à entendre (*R. v. Demeter* (1975), [1975 CanLII 685 \(ONCA\)](#), 25 C.C.C. (2d) 417 (C.A. Ont.), à la p. 436, conf. par [1977 CanLII 25 \(CSC\)](#), [1978] 1 R.C.S. 538; *R. v. B.(P.)*, 2015 ONCA 738, [127 O.R. \(3d\) 721](#), au par. [131](#); *R. v. Luciano*, [2011 ONCA 89](#), 267 C.C.C. (3d) 16, au par. [70](#))

[84] Il n'y a pas non plus absence de directives, et encore moins une absence de directives équivalent à des directives erronées, lorsque le juge ne dit pas au jury tout ce qui pourrait être dit sur un sujet donné. Cependant, cette règle générale n'est pas absolue et souffre au moins deux exceptions.

[85] L'absence de directives sur la preuve présentée au procès équivaldra à des directives erronées lorsque l'élément de preuve omis constitue le seul fondement d'un moyen de défense, d'une justification ou d'une excuse invoqués au procès (*Demeter*, à la p. 437).

[86] L'absence de directives peut également équivaloir à des directives erronées lorsque, en raison de l'omission, le jury n'est pas en mesure d'évaluer d'importants éléments de preuve qu'il doit impérativement examiner pour trancher les questions soulevées au procès. Les omissions de cette nature ne peuvent devenir incontestables du simple fait que l'avocat ne s'est pas opposé à l'absence de directives (*R. v. Bailey*, [2016 ONCA 516](#), 339 C.C.C. (3d) 463, aux par. [56-57](#)).

Directives au jury sur la preuve d'identification par témoin oculaire

[87] Lorsque la preuve du ministère public se compose entièrement ou essentiellement du témoignage de témoins oculaires qui affirment que l'accusé est l'auteur de l'infraction en cause, le juge du procès doit mettre en garde le jury au sujet des faiblesses bien reconnues de la preuve d'identification par témoin oculaire. Dans ses directives, le juge devrait expliquer les raisons sous-jacentes à la mise en garde et préciser qu'elle s'applique à tous les témoins oculaires qui présentent ce type de témoignage, même ceux dont l'honnêteté et l'intégrité ne sont pas contestées (*R. c. Hay*, [2013 CSC 61](#), [2013] 3 R.C.S. 694, au par. [40](#); *R. v. McFarlane*, [2020 ONCA 548](#), 393 C.C.C. (3d) 253, au par. [79](#)).

[88] Les juges de procès bénéficient d'une grande marge de manœuvre quant à la façon dont ils formulent leurs directives au jury sur la preuve d'identification par témoin oculaire. Ils ne sont pas tenus d'utiliser une formule verbale particulière (*Hay*, au par. [48](#); *R. c. Hibbert*, [2002 CSC 39](#), [2002] 2 R.C.S. 445, au par. [52](#); *McFarlane*, au par. [79](#)).

[89] Les faiblesses ou problèmes spécifiques associés à la preuve d'identification par témoin oculaire varient. Dans chaque cas, le juge devrait, dans son exposé au jury, établir un lien entre les directives générales sur

les faiblesses de la preuve d'identification par témoin oculaire et les faiblesses propres à la preuve présentée au procès (*R. v. Bouvier* (1984), [1984 CanLII 3453 \(ONCA\)](#), 11 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), à la p. 271, conf. par [1985 CanLII 17 \(CSC\)](#), [1985] 2 R.C.S.485; *R. v. Brown*, [2007 ONCA 71](#), 216 C.C.C. (3d) 299, au par. [18](#); *R. v. Vassel*, [2018 ONCA 721](#), 365 C.C.C. (3d) 45, au par. [188](#); *R. v. Lewis*, [2018 ONCA 351](#), au par. [18](#)).

[90] En général, le problème relevé dans les affaires d'identification par témoin oculaire réside dans une identification honnête, mais inexacte, faite par un témoin crédible et sûr de lui. En d'autres termes, le problème réside habituellement dans la fiabilité du témoignage du témoin et non dans la crédibilité de cette personne. C'est pourquoi il est nécessaire de prévenir le jury que la confiance du témoin à l'égard de l'identification qu'il fait n'établit nullement l'exactitude de celle-ci (*Hibbert*, au par. [52](#); *R. v. Jack*, [2013 ONCA 80](#), 294 C.C.C. (3d) 163, au par. [14](#); *McFarlane*, au par. [79](#)).

[91] Les principes qui s'appliquent à la preuve d'identification par témoin oculaire s'appliquent aussi à une sous-catégorie de cette preuve, la preuve d'opinion de reconnaissance (*R. v. Chafe*, [2019 ONCA 113](#), 371 C.C.C. (3d) 91, au par. [30](#); *R. v. Olliffe*, [2015 ONCA 242](#), 322 C.C.C. (3d) 501, au par. [39](#)).

[92] Dans certains cas, par exemple lorsqu'un témoin oculaire ne relève pas une caractéristique distinctive d'un présumé auteur d'un crime ou lorsqu'une différence importante existe entre la description fournie et les caractéristiques réelles, le juge du procès devra peut-être donner des directives au jury sur l'importance de ces omissions (*R. v. Huerta*, [2020 ONCA 59](#), 385 C.C.C. (3d) 481, aux par. [35](#), [37](#); *Jack*, aux par. [16](#), [27](#); *R. v. Savoury* (2005), [2005 CanLII 25884 \(ONCA\)](#), 200 C.C.C. (3d) 94 (C.A. Ont.), au par. [14](#)).

[93] Il est souvent nécessaire, dans le cadre de la recherche qu'elle mène pour trouver la personne responsable d'un crime, que la police montre des photographies à des personnes susceptibles de reconnaître la personne responsable. Cependant, elle doit faire preuve de prudence quant à la façon dont elle montre les photographies. Il est toujours possible, surtout lorsqu'une seule photographie est montrée, que le témoin qui a vu la photographie imprime dans sa mémoire le visage qu'il a vu sur celle-ci plutôt que celui qu'il a vu lorsque l'infraction a été commise. Ce risque peut affaiblir l'utilité de cette personne comme témoin. Dans le même ordre d'idées, il ne conviendrait pas d'informer à l'avance un témoin des caractéristiques de l'accusé en lui montrant une photographie de ce dernier (*R. v. Goldhar* (1941), [1941 CanLII 311 \(ONCA\)](#), 76 C.C.C. 270 (C.A. Ont.), à la p. 271; *R. v. Smierciak* (1946), [1946 CanLII 331 \(ONCA\)](#), 87 C.C.C. 175 (C.A. Ont.), aux p. 178-179).

Application de ces principes au cas qui nous occupe

[94] Comme je l'explique ci-dessous, je retiendrais ce moyen d'appel. À mon humble avis, dans l'ensemble, l'exposé au jury n'a pas permis au jury d'analyser en bonne et due forme les faiblesses inhérentes et spécifiques de la preuve d'identification présentée au procès.

[95] Il est indéniable que la thèse du ministère public au procès dépendait essentiellement, sinon en totalité, du témoignage oculaire des frères Bradley. Le procureur de la Couronne au procès a admis que, si le jury n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable, à la lumière du témoignage des frères Bradley, que l'appelant était le tireur, le reste de la preuve ne permettait pas en soi d'appuyer une déclaration de culpabilité. Il devenait donc essentiel que le jury soit pleinement en mesure d'analyser les faiblesses inhérentes et les faiblesses spécifiques de cette preuve.

[96] Dans la plupart des cas, le problème lié à l'identification par un témoin oculaire réside dans une identification honnête, mais apparemment inexacte, faite par un témoin crédible et sûr de lui. En d'autres termes, le problème de cette preuve réside dans sa fiabilité et non dans la crédibilité du témoin qui a fait l'identification. Il est donc nécessaire que le juge donne des directives au jury au sujet des faiblesses inhérentes de la preuve d'identification par témoin oculaire afin d'éviter que le jury ne surévalue la fiabilité de cette preuve en raison de l'honnêteté et de l'intégrité des témoins qui l'ont présentée.

[97] Dans la présente affaire, les témoignages oculaires n'ont pas été présentés par des témoins honnêtes qui ont fait de leur mieux pour présenter un témoignage fiable au sujet de ce qu'ils ont vu. En plus de comporter les faiblesses inhérentes au témoignage oculaire, la preuve qu'ils ont présentée quant à la reconnaissance de l'accusé de leur part était un témoignage provenant de témoins dont la crédibilité était visée par une mise en garde de type *Vetrovec*. Il s'agissait de témoins malhonnêtes et manipulateurs dont les visées recèlent un fond de racisme troublant. L'un d'eux, Tyler Bradley, a d'ailleurs admis s'être parjuré au cours de son témoignage initial devant le jury.

[98] Comme l'a dit le juge Miller, de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *McFarlane* au par. 80, cette affaire atypique d'identification par un témoin oculaire nécessitait des directives sur mesure concernant les faiblesses spécifiques de la preuve par témoin oculaire. Plusieurs signes indiquaient que l'identification de l'appelant comme étant le tireur n'était pas fiable. Il incombait au juge du procès de relever ces lacunes et de les lier à l'évaluation de la fiabilité que le jury devait faire.

[99] Les directives concernant les incidences de plusieurs lacunes du processus dans le cadre duquel la police a généré et documenté les identifications faites par les frères Bradley avaient une importance vitale pour assurer une évaluation éclairée de la fiabilité de cette preuve.

[100] Shane Bradley a d'abord dit à la police qu'il ne connaissait même pas [TRADUCTION] « ces putains de voyous ». Cependant, il a ensuite proposé un marché aux policiers : l'identification de ces personnes en échange de sa remise en liberté sur promesse de comparaître. Il a affirmé la ressemblance de l'appelant, d'après des photos, à d'autres personnes qui « pourraient être » Rico. Il a cherché des indices de ce que le constable Lovell voulait lui faire dire. Il a dit avoir un « certain souvenir » d'une série de photographies, dont celles des suspects, laquelle série n'a pas été documentée et n'a pas été conservée, si elle a existé. Il a identifié l'appelant et Grant à l'aide d'une seule photographie et il a ensuite été remis en liberté sur promesse de comparaître.

[101] Dans sa description de la preuve, le juge du procès a passé en revue certains aspects du processus d'identification à l'égard de Shane Bradley. Cependant, la description ne comportait aucune directive spécifique sur les aspects du processus posant problème, notamment le danger inhérent au fait que le constable Lovell avait montré seulement une photographie d'un suspect à un témoin qui avait affirmé ne pas pouvoir identifier le tireur, à l'absence de traces écrites sur les discussions ayant mené à la présentation de photographies, à la présentation d'une seule photographie et à l'identification par Bradley de l'appelant comme étant le tireur. Le juge n'a pas parlé non plus de la fiabilité de l'identification indépendamment de l'application du protocole pertinent de la police.

[102] Une description semblable a été donnée au sujet de Tyler Bradley, qui n'a dit que l'appelant était Rico qu'après avoir vu l'appelant et Grant, les deux seules personnes [TRADUCTION] « au banc des punitions », à l'enquête préliminaire. Les problèmes de fiabilité initiaux ont été exacerbés par le témoignage contradictoire présenté au procès par un témoin qui a admis s'être parjuré.

[103] Un autre aspect de l'exposé du juge du procès au jury soulève également des préoccupations.

[104] Le juge du procès a dit que la preuve présentée au procès était soit « inculpatoire », soit « disculpatoire », et a expliqué le sens qu'il donnait à chaque mot. À mon sens, cette distinction était à la fois inutile et susceptible d'induire les jurés en erreur pendant leurs délibérations.

[105] La distinction est inutile, parce qu'il est peu probable que des éléments de preuve individuels soient uniquement inculpataires ou disculpataires; le

plus souvent, ils sont un amalgame des deux. La distinction peut également induire en erreur, parce qu'elle tend à favoriser une évaluation séparée de chaque élément de preuve plutôt qu'une évaluation de l'ensemble de la preuve et de la question de savoir si elle satisfait ou non à la norme de preuve exigée. À cet égard, les directives se rapprochent dangereusement d'un manquement aux avertissements donnés dans les arrêts *R. c. Morin*, [1988 CanLII 8 \(CSC\)](#), [1988] 2 R.C.S. 345, et *R. v. Miller* (1991), [1991 CanLII 2704 \(ONCA\)](#), 68 C.C.C. (3d) 517 (C.A. Ont.).

[106] J'accueillerais ce moyen d'appel.

Deuxième moyen d'appel : la mise en garde de type *Vetrovec*

[107] Dans son deuxième moyen d'appel, l'appelant soutient qu'un aspect de la mise en garde de type *Vetrovec* que le juge du procès a donnée dans le cadre de son exposé au sujet du témoignage de Shane et de Tyler Bradley était erroné. L'allégation concerne la preuve au sujet de laquelle le juge du procès a dit au jury qu'il pouvait la considérer comme une preuve susceptible de confirmer le témoignage des témoins à la moralité équivoque pouvant faire l'objet d'une mise en garde de type *Vetrovec*.

[108] Il n'est pas nécessaire de décrire plus longuement la preuve présentée au procès pour déterminer le bien-fondé de ce moyen d'appel. Il suffit de rappeler certains aspects de l'exposé au jury et les arguments invoqués au sujet de leur justesse.

L'exposé au jury

[109] En dépit des objections formulées par l'avocat de la défense (qui n'était pas l'avocat en appel), le juge du procès a inclus dans son exposé au jury une mise en garde de type *Vetrovec* au sujet du témoignage de Shane et de Tyler Bradley. Il a décrit ceux-ci comme des témoins dont l'honnêteté était douteuse en raison de leurs casiers judiciaires, qui comprenaient des infractions reposant sur la malhonnêteté et des infractions contre l'administration de la justice, de leur détermination à faire déclarer l'appelant coupable, de leur toxicomanie et du fait qu'ils continuaient à consommer de la drogue.

[110] La mise en garde de type *Vetrovec* comprenait les éléments traditionnels. Le juge a indiqué les éléments de preuve qui nécessitaient un examen spécial et a expliqué pourquoi. Il a prévenu le jury qu'il était dangereux de déclarer un accusé coupable sur la foi d'éléments de preuve non confirmés de cette nature, mais qu'il était loisible au jury de le faire, s'il était convaincu que la preuve était véridique. Le juge a terminé sa mise en garde par une directive portant que, pour déterminer la véracité des versions données par des témoins à l'honnêteté douteuse, le jury devrait chercher des éléments de preuve émanant d'une autre source et tendant à démontrer

que les témoins disaient la vérité au sujet de la participation de l'appelant comme tireur.

[111] Dans ses directives concernant les éléments de preuve confirmative, le juge du procès a expliqué que, pour être confirmative, la preuve doit être indépendante par rapport au témoin dont l'honnêteté est douteuse, c'est-à-dire qu'elle doit provenir d'un témoin autre que ce témoin lui-même. La preuve doit également avoir tendance à montrer que le témoin dont l'honnêteté est douteuse dit la vérité. Le témoignage d'un témoin dont l'honnêteté est douteuse pourrait corroborer celui d'un autre, pourvu que le témoignage du témoin qui présente l'élément de preuve corroborant soit digne de foi.

[112] À titre d'exemple d'élément de preuve qui pourrait être un élément de preuve confirmative, le juge du procès a dit au jury que la certitude éprouvée par Shane Bradley quant au fait que l'appelant était le tireur pourrait confirmer l'identification dans le même sens faite par Tyler Bradley. Aucune directive semblable n'a été donnée au sujet de la possibilité que l'identification faite par Tyler confirme celle que Shane avait faite relativement à l'appelant.

Les arguments invoqués en appel

[113] L'appelant n'admet pas qu'une directive de type *Vetrovec* convenait en ce qui a trait au témoignage des frères Bradley. Cependant, il ne conteste pas le fondement ou la forme de la mise en garde, la définition des éléments de preuve confirmative, l'existence possible d'une confirmation mutuelle ou la directive donnée plus tard au sujet des témoins « mixtes ».

[114] Le principal reproche que l'appelant adresse au juge concerne le type d'élément de preuve que celui-ci a donné comme exemple d'élément de preuve à partir duquel le jury pourrait conclure que chaque frère avait confirmé l'identification de l'appelant comme étant le tireur. Plus précisément, le juge du procès a dit au jury que le témoignage de Shane selon lequel il était *certain* que l'appelant était le tireur confirmait l'identification dans le même sens faite par Tyler. Il en était de même du témoignage d'identification présenté par Tyler.

[115] La proposition selon laquelle la certitude de chacun quant à l'exactitude de son identification de l'appelant comme étant le tireur pourrait constituer un élément de preuve confirmative de l'identification faite par l'autre était dès le départ erronée en droit et, au mieux, prêtait à confusion. Cette proposition allait à l'encontre de la directive selon laquelle le degré de confiance exprimé par un témoin oculaire au sujet de l'exactitude de son identification ne constituait pas une preuve de la fiabilité ou de la justesse de ses observations.

[116] L'intimée souligne que le juge du procès dispose d'un pouvoir discrétionnaire bien établi quant à la formulation d'une mise en garde de type *Vetrovec* au sujet des témoins appelés par le ministère public. Lors de la révision en appel, la décision du juge du procès à cet égard appelle une grande retenue. Dans la présente affaire, la décision était bien fondée, eu égard à la preuve présentée au procès. Le témoignage des frères Bradley était indispensable pour établir la culpabilité. Il s'agissait de témoins ayant de lourds casiers judiciaires, y compris des déclarations de culpabilité à l'égard d'infractions ayant une incidence importante sur leur crédibilité. C'étaient des toxicomanes motivés à fabriquer la participation de l'appelant, et des racistes sans scrupule.

[117] De l'avis de l'intimée, la façon dont le juge du procès a traité la preuve confirmative n'a causé aucun préjudice à l'appelant. Tant Tyler que Shane Bradley étaient certains de l'exactitude de l'identification qu'ils ont faite de l'appelant comme étant le tireur. C'était là une description exacte de leur témoignage. Cette description n'a pas été présentée comme un embellissement ou un complément de la preuve, mais simplement comme un résumé de leur témoignage. Le juge du procès a souligné clairement, tant pendant le procès que dans ses directives finales précédant et suivant la description que l'appelant lui reproche, qu'un lien ténu existait entre la grande certitude éprouvée par un témoin à l'égard de l'identification qu'il avait faite et la véracité de celle-ci. Ces directives étaient suffisantes pour éliminer tout risque que le jury considère la certitude ressentie par chaque frère à l'égard de l'identification de l'appelant comme un élément servant à confirmer la fiabilité du témoignage de l'autre frère.

Les principes applicables

[118] Un des éléments fondamentaux d'une mise en garde de type *Vetrovec* est la directive selon laquelle, pour déterminer si le témoignage du témoin douteux est véridique, le jury devrait chercher, à partir d'autres sources, des preuves tendant à établir que le témoin indigne de foi dit la vérité quant à la culpabilité de l'accusé (*R. c. Kehler*, [2004 CSC 11](#), [2004] 1 R.C.S. 328, aux par. [17-19](#); *R. c. Khela*, [2009 CSC 4](#), [2009] 1 R.C.S. 104, au par. [37](#)).

[119] Le fait qu'une mise en garde de type *Vetrovec* est donnée ne signifie pas que le juge du procès doit, dans tous les cas, relever dans les moindres détails chaque élément de preuve qui est susceptible de confirmer le témoignage d'un témoin suspect. La liste détaillée des éléments de preuve est indicative et non exhaustive (*R. c. Vetrovec*, [1982 CanLII 20 \(CSC\)](#), [1982] 1 R.C.S. 811, à la p. 832; *R. c. Bevan*, [1993 CanLII 101 \(CSC\)](#), [1993] 2 R.C.S. 599, à la p. 612).

[120] Les juges de procès bénéficient d'une grande latitude dans la mise en garde qu'ils donnent aux jurys sur la preuve présentée par des témoins non dignes de foi. Cette marge de manœuvre couvre la façon dont ils commentent la preuve confirmative (*Vetrovec*, aux p. 823, 831; *Bevan*, aux p. 610-611; *R. v. Ranglin*, [2018 ONCA 1050](#), 370 C.C.C. (3d) 477, aux par. [32](#), 46).

[121] La preuve confirmative doit satisfaire à deux conditions essentielles.

[122] Elle doit d'abord être indépendante. Le caractère indépendant de la preuve conforte le juge des faits dans son opinion que le témoin suspect dit la vérité. La preuve qui n'est pas suffisamment indépendante par rapport au témoin à la moralité équivoque pouvant faire l'objet d'une mise en garde de type *Vetrovec* en raison de son lien avec ce dernier ne peut servir à confirmer le témoignage de ce témoin (*Khela*, au par. [39](#); *R. v. Spence*, [2018 ONCA 427](#), 360 C.C.C. (3d) 425, au par. [48](#), autorisation d'appel refusée, [2019] C.S.C.R. n° 7; *R. v. Magno*, [2015 ONCA 111](#), 321 C.C.C. (3d) 554, au par. [30](#), autorisation d'appel refusée, [2015] C.S.C.R. n° 145).

[123] La preuve confirmative doit également être substantielle, ce qui renvoie à une notion un peu plus abstraite. Il n'est pas nécessaire que l'élément de preuve en question implique l'accusé pour être substantiel. Toutefois, considérés dans une perspective d'ensemble, les éléments de preuve confirmative devraient conforter le juge des faits dans son opinion que les déclarations du témoin selon lesquelles l'accusé a commis l'infraction sont dignes de foi (*Khela*, aux par. [40-42](#); *Kehler*, au par. [15](#); *Vetrovec*, à la p. 833).

[124] La simple présence d'éléments viciant une déclaration, sans plus, ne signifie pas nécessairement que cette déclaration ne peut servir à confirmer la déposition d'un autre témoin. L'existence d'un vice est un facteur, sans doute important, que le juge des faits doit prendre en considération pour déterminer si la déposition du témoin peut permettre de rétablir sa confiance à l'égard de la véracité du témoignage corrompu (*Spence*, au par. [48](#)).

[125] L'existence d'allégations de collusion à l'égard de témoins à la moralité équivoque pouvant faire l'objet d'une mise en garde de type *Vetrovec* qui corroborent le témoignage l'un de l'autre n'élimine pas en soi la nature confirmative de leurs dépositions. Le témoignage qu'ils présentent et qui pourrait être considéré comme une déposition confirmative doit être entaché de collusion au point d'être totalement dépourvu d'indépendance, de sorte qu'il ne peut raisonnablement être utilisé à des fins de confirmation (*Magno*, au par. [30](#)).

Application de ces principes au cas qui nous occupe

[126] Je n'accueillerais pas ce moyen d'appel.

[127] D'abord, la question de savoir s'il y a lieu de donner une mise en garde de type *Vetrovec* et le contenu et la nature de cette directive sont des questions qui relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. À moins qu'elle ne comporte une erreur de droit ou de principe ou qu'elle ne soit manifestement déraisonnable, la décision sur ces questions appelle une grande retenue de la part de la Cour.

[128] Dans la présente affaire, le témoignage de Shane et de Tyler Bradley, en qualité de témoins oculaires de la fusillade, a joué un rôle central dans la démonstration de la culpabilité. Comme l'a admis le procureur de la Couronne au procès, le reste de la preuve ne pourrait satisfaire à la norme de preuve applicable si le jury rejetait le témoignage des frères Bradley.

[129] De plus, il y avait de bonnes raisons de douter du témoignage des deux frères Bradley. Tous les deux ont de lourds casiers judiciaires et ont été déclarés coupables, notamment, d'infractions reposant sur la malhonnêteté et d'infractions contre l'administration de la justice. Ils avaient leurs propres visées et ils avaient un mobile, qu'ils n'ont pas vraiment pris la peine de dissimuler, pour impliquer l'appelant à titre de tireur. Chacun d'eux était un toxicomane ou consommait fréquemment de la drogue. Tous les deux se sont montrés peu respectueux à l'égard du processus d'enquête et insouciants quant à l'obligation de dire la vérité.

[130] Le principal reproche formulé à l'égard de la mise en garde de type *Vetrovec* que le juge du procès a donnée concerne ses directives au sujet de la preuve confirmative. Le juge du procès a décrit correctement les qualités essentielles que doit comporter la preuve confirmative, c'est-à-dire qu'elle doit être indépendante et substantielle, ainsi que le lien entre la collusion et l'indépendance. Cependant, selon l'appelant, le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a dit que l'identification faite par Tyler Bradley pourrait être confirmée par le fait que [TRADUCTION] « Shane Bradley était également certain que le tireur était M. Alvarez » (non souligné dans l'original).

[131] Il aurait été préférable que le mot « certain » ne soit pas employé. Le degré de certitude qu'un témoin exprime au sujet de l'exactitude de son identification ne constitue pas en soi une preuve confirmative. Elle n'ajoute aucune plus-value ou amélioration à la substance de la preuve. Elle ne dit rien au sujet de l'exactitude de l'affirmation. Dans une affaire d'identification par un témoin oculaire, cette directive peut créer des préjudices, parce qu'elle va à l'encontre de la directive donnée sur le même sujet relativement au témoignage présenté par un témoin oculaire. Cependant, dans la présente affaire, je suis convaincu que l'appelant n'a pas été lésé, compte tenu des directives répétées selon lesquelles la certitude exprimée par le témoin n'établissait nullement l'exactitude de ses observations.

[132] Le juge du procès n'a pas commis d'erreur non plus en disant que [TRADUCTION] « l'identité du tireur est *confirmée* par Tyler Bradley *également* » (non souligné dans l'original). Cette observation a été faite dans le cadre de la description par le juge du procès des éléments de preuve qui étaient susceptibles de confirmer le témoignage de Shane Bradley. Elle constitue ni plus ni moins un résumé de la substance du témoignage de Shane. Elle ne porte nullement sur le degré de certitude de Shane à l'égard de l'identification qu'il a faite. Elle ne comporte aucune erreur.

Troisième moyen d'appel : la directive concernant les éléments de preuve disculpatoires.

[133] Ce moyen d'appel concerne également les dernières directives du juge du procès sur la preuve d'identification par témoin oculaire. Plus précisément, l'appelant soutient que les directives étaient entachées d'un vice fatal, parce qu'elles n'ont pas attiré l'attention du jury sur des écarts importants entre le témoignage d'un témoin oculaire et l'apparence physique réelle de l'appelant. Ces écarts tendaient à disculper l'appelant en tant que tireur et appuyaient son affirmation selon laquelle l'identification était erronée. Les principales différences concernaient la taille du tireur et l'existence d'un tatouage qui aurait été visible lorsque les coups de feu ont été tirés.

Le contexte essentiel

[134] Shane et Tyler Bradley étaient les deux seuls témoins oculaires de la fusillade qui ont témoigné au procès. Brian Larman n'a pas vu la fusillade. Il n'a été impliqué que lorsque Tyler et Shane Bradley sont retournés au 175, Morton Way après la fusillade. Cependant, Larman avait vu Rico dans le garage de cette maison-là lorsque Rico et Tyler ont eu une altercation. Selon le témoignage des frères Bradley, Rico était le tireur et Rico était l'appelant.

[135] Le premier jour du témoignage qu'il a présenté au procès, Tyler Bradley a dit que Rico mesurait [TRADUCTION] « peut-être un pied de moins » qu'O, le coaccusé Grant qui s'est esquivé pendant le procès et qui mesurait environ 5 pi 6 po. Brian Larman a confirmé que Rico était plus petit de taille qu'O. Rico ne mesurait pas plus de 4 pi 5 po ou peut-être cinq pieds.

[136] Tyler Bradley a dit qu'il avait remarqué le tatouage sur le cou de Rico lorsqu'il s'était tourné pour faire face au tireur entre les deuxième et troisième coups de feu tirés en sa direction. Dans la déclaration qu'il a faite à la police, Brian Larman a dit que Rico n'avait pas de tatouage. Cependant, son souvenir a changé avant qu'il quitte le poste de police quelques heures après avoir terminé sa déclaration. Shane Bradley a eu des contacts

fréquents avec Rico lors d'opérations de drogue. Il n'a remarqué aucun tatouage.

L'exposé au jury

[137] Au cours de la conférence préalable à l'exposé, l'avocat de la défense a sollicité une directive selon laquelle la différence entre les caractéristiques connues de l'appelant et les caractéristiques décrites du tireur, notamment en ce qui concerne la taille et la présence d'un tatouage au cou, affaiblissait l'identification de l'appelant, Rico, comme étant le tireur. De l'avis de l'avocat de la défense, cette différence avait pour effet de disculper l'appelant en tant que tireur et aurait dû faire l'objet d'une directive explicite au jury en ce sens. Le juge du procès n'a donné aucune directive de cette nature. Il a plutôt souligné que le témoignage de Brian Larman corroborait celui de Shane et de Tyler Bradley selon lequel Rico était le tireur. Cependant, le juge du procès n'est pas allé plus loin dans sa directive et n'a pas précisé que la description qu'il a faite de Rico ne correspondait pas aux caractéristiques de l'appelant.

[138] L'avocat de la défense a également sollicité une directive explicite au sujet de la présence d'un tatouage sur le cou du tireur, qui constitue une caractéristique importante de la description que Tyler Bradley a donnée du tireur. Bien que la preuve n'indique pas clairement si Rico, l'appelant, portait ce tatouage, Shane Bradley a affirmé au cours de son témoignage que Rico n'avait pas de tatouage au cou. L'avocat de la défense a demandé une directive selon laquelle, si le jury en arrivait à la conclusion que Rico avait un tatouage au cou ou qu'il avait un doute raisonnable à ce sujet, il devrait acquitter l'appelant, puisque celui-ci avait un tatouage au cou.

Les arguments invoqués en appel

[139] L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en omettant de dire explicitement au jury que les différences entre les caractéristiques connues de l'appelant et celles qui ont été décrites à l'égard du tireur, Rico, notamment quant à la taille et à l'absence de tatouage, affaiblissaient l'identification de l'appelant comme étant Rico et le disculpaient en tant que tireur ou soulevaient un doute raisonnable à ce sujet.

[140] Si le jury acceptait que le tireur, Rico, mesurait entre 4 pi 5 po et cinq pieds, ou qu'il avait un doute raisonnable à ce sujet, comme l'a dit Brian Larman, ainsi que Tyler Bradley lui-même au cours de son témoignage initial, l'appelant, qui mesure 5 pi 5 po, n'aurait pu être le tireur. Il s'agissait là d'un important élément de preuve disculpatoire qui aurait dû être porté à l'attention du jury.

[141] Même si la preuve concernant le tatouage était moins claire, Shane Bradley a mentionné au cours de son témoignage que le tireur n'avait pas de tatouage. Dans la déclaration qu'il a faite à la police, Brian Larman a dit que Rico n'avait pas de tatouage, bien qu'il ait affirmé avoir constaté plus tard que Rico portait un tatouage au cou. Il y avait donc des éléments de preuve qui contredisaient le témoignage de Tyler Bradley selon lequel le tireur avait un tatouage, caractéristique qu'il partageait avec l'appelant. L'omission de donner cette directive constituait une absence de directive équivalant à une directive erronée sur la question cruciale à trancher au procès – l'identité.

[142] Pour sa part, l'intimée nie que l'exposé comporte des omissions préjudiciables. Le juge du procès a donné des directives détaillées au jury au sujet de la preuve disculpatoire et de son incidence sur le fardeau de la preuve du ministère public, qui consiste à établir la culpabilité de l'appelant hors de tout doute raisonnable. Le juge du procès a scindé la preuve en éléments inculpatives et disculpatoires; il a défini chaque catégorie et a expliqué l'incidence de chacune d'elles sur la preuve de la culpabilité. Le juge a souligné que, dans la mesure où des aspects de la description du tireur étaient différents des caractéristiques de l'appelant, ces aspects avaient pour effet de disculper celui-ci. L'avocat de la défense était satisfait de la façon dont cette question a été présentée au jury. Le juge du procès n'était pas tenu d'en faire davantage.

[143] Qui plus est, selon l'intimée, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en disant au jury que le témoignage de Brian Larman pouvait corroborer l'affirmation des frères Bradley selon laquelle l'appelant était le tireur. Il est indéniable que l'estimation de Larman quant à la taille de Rico, d'après l'observation qu'il avait faite au cours de la précédente altercation dans le garage, ne correspondait pas à la taille réelle de l'appelant. Cependant, d'autres caractéristiques décrites par Brian Larman correspondaient à l'apparence de l'appelant, notamment le tatouage au cou. En fin de compte, la directive donnée était satisfaisante.

[144] En dernier lieu, il convient d'examiner la substance du témoignage de Shane Bradley et de la déclaration faite par Brian Larman à la police au sujet de l'absence de tatouage sur le cou de Rico. Dans chaque cas, le témoin n'a pas *remarqué* de tatouage sur le cou du tireur. Cette observation ne constitue pas une déclaration positive selon laquelle le tireur n'avait pas de tatouage. De plus, avant de quitter le poste de police, Brian Larman s'est rappelé que Rico avait un tatouage et a informé la police de ce fait.

Les principes applicables

[145] Ce moyen d'appel découle de l'arrêt *Chartier c. P.G. du Québec*, [1979 CanLII 17 \(CSC\)](#), [1979] 2 R.C.S. 474, de la Cour suprême du Canada.

[146] L'arrêt *Chartier* ne portait pas sur une affaire criminelle et encore moins sur une révision en appel de la justesse des directives données au jury sur la preuve d'identification par témoin oculaire. Plus précisément, la Cour suprême n'a pas précisé les directives à donner au jury, le cas échéant, au sujet de l'incidence d'écarts entre la description des caractéristiques du suspect donnée par un témoin oculaire et les caractéristiques réelles du suspect.

[147] L'arrêt *Chartier* concernait une pétition de droit par laquelle l'appelant réclamait des dommages-intérêts à l'intimée par suite des préjudices découlant d'une fausse arrestation et d'une fausse inculpation. En appel, il a été allégué que le juge de première instance s'était mépris sur le témoignage d'un témoin. Le juge avait décrit erronément le témoignage comme une reconnaissance positive alors qu'en réalité, le témoin avait souligné une caractéristique — la couleur des cheveux — qui était différente. En conséquence, le témoignage du témoin portait sur une ressemblance et non sur une identification. Dans ce contexte, la majorité a formulé les observations suivantes :

Peu importe le nombre de traits de similitude, s'il y a un seul trait de dissimilitude, il n'y a pas d'identification.

Voir l'arrêt *Chartier* à la page 494.

[148] Dans l'arrêt *R. v. Boucher* (2000), [2000 CanLII 3270 \(ONCA\)](#), 146 C.C.C. (3d) 52 (C.A. Ont.), l'appelant a contesté la décision d'un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle. Le juge a refusé de casser un renvoi à procès sur des chefs de vol qualifié et d'autres infractions. Les accusations avaient été portées par suite d'un vol de banque. Dans le cas de l'un des voleurs présumés, la preuve du ministère public reposait sur le lien invoqué entre un pantalon à ouverture latérale porté par l'un des voleurs et le vêtement porté par une personne identifiée comme étant ce voleur alors qu'elle courait vers un hôtel peu après le vol. Les descriptions des pantalons ne correspondaient pas.

[149] La Cour a appliqué les principes établis dans l'arrêt *Chartier* pour conclure que l'écart signifiait qu'il n'y avait *pas* de preuve d'identification, simplement une preuve de ressemblance. En l'absence d'autres éléments de preuve inculpatives, une ressemblance n'est pas une preuve (*Boucher*, au par. [19](#)). S'il y avait d'autres éléments de preuve inculpatives, le juge

des faits pourrait avoir de bonnes raisons de conclure que le témoignage au sujet du pantalon du voleur n'était pas fiable. Cependant, en l'absence d'autres éléments de preuve inculpatives, la dissemblance aurait pour effet, au pire, d'enlever toute valeur probante à la ressemblance et pouvait constituer une caractéristique disculpatoire (*Boucher*, au par. [19](#). Voir également l'arrêt *Jack*, au par. [16](#)).

Application de ces principes au cas qui nous occupe

[150] Comme je l'expliquerai brièvement, j'accueillerais ce moyen d'appel en partie.

[151] La Cour a déjà décidé qu'en l'absence d'autres éléments de preuve inculpatives, une dissemblance importante dans la preuve d'identification enlève toute valeur probante à la preuve d'une ressemblance (*R. v. Bennett* (2003), [2003 CanLII 21292 \(C.A. Ont.\)](#), 67 O.R. (3d) 257, à la p. 259). Les effets de la dissemblance varient. Certaines dissemblances sont plus importantes que d'autres et leurs effets doivent être évalués à la lumière du reste de la description et de l'ensemble de la preuve. Cependant, personne ne nie l'importance de ces dissemblances pour le juge des faits dans l'évaluation de la fiabilité de la preuve d'identification.

[152] Dans la présente affaire, des différences importantes existaient entre les estimations données par Tyler Bradley et Brian Larman au sujet de la taille du tireur — Rico — et la taille de la personne décrite comme étant Rico – l'appelant. L'avocat de la défense a sollicité une directive ayant pour effet de relier cette différence à la fiabilité de la preuve d'identification. Aucune directive n'a été donnée, ce qui constituait une erreur. Une fois acceptée, cette dissemblance donnait lieu à une différence évidente qui touchait la fiabilité de la preuve d'identification. Qui plus est, l'omission a été exacerbée par une directive qui autorisait le jury à considérer le témoignage de Larman comme un témoignage servant à confirmer la preuve d'identification de Tyler Bradley, qui était un témoin à la moralité équivoque pouvant faire l'objet d'une mise en garde de type *Vetrovec*. C'était là une autre erreur. Même si le témoignage de Larman corroborait celui de Tyler selon lequel le tireur était une personne du nom de Rico, il minait la déclaration de Tyler portant que l'appelant était Rico, dans la mesure où Tyler a affirmé que celui-ci était beaucoup plus court de taille que l'appelant. Cependant, contrairement à la situation présentée dans des affaires comme *Bennett*, il y avait des éléments de preuve qui, même s'ils faisaient l'objet d'une mise en garde de type *Vetrovec*, indiquaient que l'appelant était le tireur. Cela étant dit, la différence entre la taille estimative du tireur et la taille réelle de l'appelant était suffisamment importante pour justifier une directive au jury.

[153] La présence d'un tatouage sur le cou du tireur constituait un élément essentiel de l'identification par Tyler Bradley de Rico comme étant le tireur. Le fait que l'appelant arbore un tatouage au cou tend à le lier à Rico et donc à son implication comme tireur. Shane Bradley n'a pas remarqué de tatouage sur le cou de Rico, même s'il l'a rencontré à plusieurs occasions pour acheter de la drogue. Brian Larman a d'abord dit à la police que Rico n'avait pas de tatouage, mais s'est plus tard ravisé lorsqu'il était au poste de police, des heures après la fin de son interrogatoire là-bas.

[154] Il n'est pas certain que les principes que l'appelant invoque au sujet des effets d'une différence importante sur le plan de l'apparence — entre le tireur présumé et l'appelant quant à la fiabilité de l'identification — s'appliquent à la preuve concernant le tatouage. Contrairement à la preuve présentée au sujet de la taille du tireur, notamment le témoignage selon lequel le tireur était beaucoup plus court de taille que l'appelant, il n'y a eu aucun témoignage affirmant que le tireur n'avait pas de tatouage. Tyler Bradley a dit que le tireur était Rico. Le tireur portait un tatouage. Rico est l'appelant et a également un tatouage. Après avoir d'abord nié ce fait, Brian Larman a dit plus tard à la police que Rico avait un tatouage. Shane Bradley n'a pas remarqué de tatouage sur Rico. Il n'a pas dit que Rico n'avait pas de tatouage. L'avocat ne s'est pas opposé à l'absence de directive au procès et soutient aujourd'hui que cette omission constitue une erreur. Cet aspect de la plainte n'est pas retenu.

Quatrième moyen d'appel : la directive concernant l'identification interracial

[155] Ce moyen d'appel porte également sur une omission que comporterait l'exposé au jury. Les éléments de preuve sur lesquels repose l'allégation d'absence de directive équivalant à une directive erronée résident dans les déclarations des frères Bradley à la police. Shane Bradley a nié savoir qui étaient les assaillants de son frère et a ajouté une épithète raciale cadrant avec le racisme qu'il affichait ouvertement à l'endroit des Noirs. Tyler Bradley a affirmé que les deux jeunes Noirs impliqués dans la fusillade [TRADUCTION] « semblent identiques ».

Les arguments invoqués en appel

[156] L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en omettant de donner des directives au jury sur les faiblesses de l'identification interracial. Ces directives étaient nécessaires en raison de la remarque que Shane Bradley a formulée dans sa première déclaration à la police, selon laquelle [TRADUCTION] « Je ne sais pas qui sont ces putains de n***s », ainsi qu'en raison de l'observation que Tyler Bradley a faite au cours de son interrogatoire par la police, selon laquelle les deux jeunes Noirs semblaient

[TRADUCTION] « identiques ». De plus, les directives étaient nécessaires en raison du racisme évident de Shane Bradley à l'endroit des Noirs.

[157] L'intimée reconnaît que Shane Bradley a utilisé à maintes reprises des épithètes insultantes et racistes. Il l'a d'abord fait au cours de l'altercation précédant la fusillade et a continué sans relâche à le faire tout au long des différents interrogatoires menés par la police. Cependant, malgré leur caractère odieux et haineux, ces épithètes n'ont pas déclenché une obligation de prévenir les jurés au sujet des faiblesses de l'identification interraciale. La preuve présentée ne comportait aucun élément donnant à penser que la nature interraciale de l'identification pouvait conduire à une erreur. Aucun témoin n'a évoqué la moindre difficulté à faire la distinction entre différentes personnes noires. L'avocat de la défense au procès n'a pas demandé qu'une directive de cette nature soit donnée, alors qu'il avait amplement l'occasion de le faire.

Les principes applicables

[158] Lorsque l'identification interraciale est une question en litige dans un procès devant jury, il sera peut-être indiqué de prévenir le jury des difficultés que l'identification peut poser pour certains témoins. Le témoignage de certains témoins peut permettre de craindre qu'ils n'éprouvent des difficultés liées à l'identification interraciale (*R. v. Richards* (2004), [2004 CanLII 39047 \(C.A. Ont.\)](#), 70 O.R. (3d) 737, à la p. 746, citant *R. v. McIntosh* (1997), [1997 CanLII 3862 \(ONCA\)](#), 35 O.R. (3d) 97 (C.A. Ont.), aux p. 105-106, autorisation d'appel refusée, [1997] C.S.C.R. n° 610).

[159] Lorsque l'identification interraciale est en litige, il peut être utile de donner une directive à ce sujet en décrivant les éléments spécifiques de la preuve d'identification susceptibles d'en compromettre la fiabilité dans l'affaire sous étude (*R. v. Bailey*, [2016 ONCA 516](#), 339 C.C.C. (3d) 463, au par. [49](#)).

Application de ces principes au cas qui nous occupe

[160] À mon humble avis, ce moyen d'appel ne peut être retenu sur la base des arguments qui en constituent le fondement.

[161] Au soutien de l'allégation selon laquelle le juge du procès aurait dû donner des directives au jury sur les faiblesses possibles de l'identification interraciale, l'appelant souligne deux commentaires que les frères Bradley ont formulés dans leur déclaration à la police : l'odieuse épithète raciste utilisée par Shane Bradley, lorsqu'il a dit [TRADUCTION] « Je ne sais pas qui sont ces putains de n***s », et le commentaire de Tyler Bradley selon lequel les deux jeunes Noirs – O et Rico – [TRADUCTION] « semblent identiques ».

[162] Le jury était parfaitement au courant du racisme ouvertement affiché par Shane Bradley, illustré notamment par les épithètes raciales qu'il a utilisées peu avant la fusillade et par son intention manifeste d'attribuer la fusillade dont son frère a été victime à un homme noir. Ce comportement a été démontré ouvertement au jury.

[163] L'appelant soutient que la directive devait être donnée en raison du commentaire que Tyler Bradley a formulé dans sa déclaration à la police. Cependant, il faut se rappeler que Tyler n'a pas dit seulement que les deux jeunes — O et Rico — semblaient [TRADUCTION] « identiques ». Il a dit qu'ils avaient [TRADUCTION] « la même apparence, la capuche de leur hoodie est toujours relevée, je crois que ce sont des frères ». O et Rico sont effectivement apparentés.

[164] La question centrale à trancher au procès était l'identité du tireur. À cette fin, l'évaluation par le jury de la crédibilité des frères Bradley et de la fiabilité de leur témoignage avait une importance cruciale. Avant de présenter ses directives finales, le juge du procès a tenu de longues conférences précédant l'exposé en présence des avocats. Des versions provisoires des directives proposées ont été acheminées aux avocats et des discussions ont eu lieu par la suite. Les avocats présents au procès n'ont à aucun moment demandé qu'une directive soit donnée au sujet des faiblesses de l'identification interr raciale ni ne se sont plaints de l'omission d'une directive de cette nature. Dans ces circonstances, je ne suis pas convaincu que cette directive était nécessaire ou que son omission a causé un préjudice à l'appelant.

Cinquième moyen d'appel : verdict déraisonnable

[165] Le dernier moyen d'appel ne concerne pas une plainte au sujet de ce que le juge du procès a dit ou omis de dire dans ses directives finales au jury. Le problème relevé concerne plutôt le verdict de culpabilité prononcé par le jury, lequel serait déraisonnable et ne serait pas appuyé par la preuve présentée au procès.

[166] Il n'est pas nécessaire de résumer à nouveau la substance de la preuve présentée au procès pour trancher cette allégation d'erreur.

[167] La question centrale à trancher au procès était de savoir si le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que l'appelant était la personne qui avait tiré sur Tyler Bradley. La réponse à cette question dépendait de l'évaluation par le jury des dépositions des témoins qui affirmaient que l'appelant était le tireur. Des problèmes importants ont été relevés à l'égard de ces témoins et des caractéristiques changeantes de leur témoignage. D'autres éléments de preuve ont également été présentés, mais le procureur de la Couronne au procès a admis que cette preuve ne

serait pas suffisante pour satisfaire à la norme de preuve applicable si le jury rejetait la preuve d'identification ou qu'il avait un doute raisonnable au sujet de son exactitude.

[168] Le verdict du jury indique qu'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait tiré sur Tyler Bradley, mais qu'il ne savait pas avec certitude s'il avait l'intention de tuer lorsqu'il a tiré sur lui. Le jury était également convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait l'arme de poing en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique.

Les arguments invoqués en appel

[169] L'appelant affirme qu'il n'y avait aucun élément de preuve à l'appui duquel un jury raisonnable agissant judiciairement pouvait prononcer des verdicts de culpabilité. L'identification de l'appelant par Shane Bradley à l'aide d'une seule photographie était sans valeur, probante ou autre, et pouvait mener à des condamnations erronées. Elle reposait sur la seule photographie montrée par l'enquêteur et n'était accompagnée d'aucun autre élément de preuve concernant les circonstances de la présentation et de l'identification alléguée. L'identification faite par Tyler Bradley au banc des accusés était également dépourvue de toute valeur probante. Il s'agissait des seuls hommes « au banc des punitions » dans la salle d'audience et l'identification a été faite après que Shane Bradley eut demandé à Tyler de la faire. Comme l'a reconnu le procureur de la Couronne au procès, le reste de la preuve ne pouvait satisfaire à la norme de preuve applicable. Des acquittements devraient être prononcés.

[170] L'intimée est d'un tout autre avis. Selon elle, il était raisonnablement loisible au jury de conclure hors de tout doute raisonnable que l'appelant était la personne qui avait tiré sur Tyler Bradley. Shane Bradley l'a dit et même Tyler Bradley a fini par le dire plus tard. Examinés séparément ou ensemble, ces éléments de preuve étaient suffisants pour établir la culpabilité de l'appelant. Mais il y avait plus. Un ensemble d'éléments de preuve circonstancielle appuyait la preuve d'identification, y compris la preuve d'expert reliant l'appelant à l'arme utilisée lors de la fusillade.

Les principes applicables

[171] Un verdict est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve lorsqu'un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant de manière judiciaire n'aurait pu raisonnablement le rendre (*R. c. H.(W.)*, [2013 CSC 22](#), [2013] 2 R.C.S. 180, au par. [26](#); *R. c. Biniaris*, [2000 CSC 15](#), [2000] 1 R.C.S. 381, au par. [36](#)).

[172] Pour convaincre une cour d'appel qu'un verdict rendu au procès est déraisonnable, l'appelant doit démontrer qu'aucun jury ayant reçu les

directives appropriées et agissant de manière judiciaire n'aurait pu le déclarer coupable (*R. c. Arias-Jackson*, [2007 CSC 52](#), [2007] 3 R.C.S. 514, au par. [2](#)).

[173] Pour décider si un verdict rendu au procès est déraisonnable, une cour d'appel peut considérer que le silence de l'accusé est indicatif de l'absence d'explication disculpatoire (*R. v. George-Nurse*, [2018 ONCA 515](#), 362 C.C.C. (3d) 76, au par. [33](#), conf. par [2019 CSC 12](#), [2019] 1 R.C.S. 570).

Application de ces principes au cas qui nous occupe

[174] Je n'accueillerais pas ce moyen d'appel.

[175] En général, un jury ayant reçu les directives appropriées peut, en dépit des faiblesses de l'identification par témoin oculaire, conclure à la fiabilité de la déposition du témoin oculaire et rendre un verdict de culpabilité sur ce fondement. Il est vrai que cette règle générale comporte certaines exceptions. Un jury ne peut déclarer un accusé coupable en se fondant uniquement sur la déposition d'un témoin oculaire lorsque la déposition, même si l'on y accorde foi, laisserait nécessairement subsister un doute raisonnable dans l'esprit d'un juré raisonnable (*Hay*, aux par. [40-41](#)).

[176] Dans la présente affaire, une preuve d'identification par témoin oculaire qui identifiait l'appelant comme étant le tireur a été présentée et confirmée jusqu'à un certain point par des éléments de preuve circonstancielle. Il était loisible au jury de se fonder sur cette preuve pour rendre son verdict. Le jury l'a fait, mais non de manière absolue, puisqu'il a acquitté l'appelant de l'accusation de tentative de meurtre. Il ne s'agit pas d'un cas dans lequel il est permis d'affirmer que la preuve d'identification, même si l'on y accordait foi, laisserait nécessairement subsister un doute raisonnable dans l'esprit d'un juré raisonnable.

[177] Qui plus est, l'appelant n'a pas témoigné au procès et n'a donc pas présenté une autre version que celle donnée par les témoins oculaires.

Dispositif

[178] Pour les motifs exposés ci-dessus, je ne suis pas convaincu que les directives données au jury, examinées ensemble, permettraient à celui-ci de faire une évaluation éclairée de la fiabilité de la preuve d'identification présentée au procès. Il ne s'agit pas d'une affaire où il convient d'appliquer la disposition réparatrice. La preuve n'est pas accablante et les erreurs ne sont pas sans conséquence. J'accueillerais l'appel, j'annulerais les déclarations de culpabilité et j'ordonnerais un nouveau procès sur l'acte d'accusation.

Rendu le 30 novembre 2021 « D. W. »

« Le juge David Watt »
« Je souscris aux motifs. La juge Alexandra Hoy »
« Je souscris aux motifs. Le juge I. V. B Nordheimer »