

Her Majesty The Queen *Appellant*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

v.

c.

Carson Livermore *Respondent*

Carson Livermore *Intimé*

INDEXED AS: R. v. LIVERMORE

RÉPERTORIÉ: R. c. LIVERMORE

File No.: 24143.

N° du greffe: 24143.

1995: March 22; 1995: November 16.

1995: 22 mars; 1995: 16 novembre.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

Criminal law — Sexual assault — Defences — Consent — Honest but mistaken belief in consent — Accused acquitted of sexual assault — Whether trial judge erring in reviewing complainant's lack of consent — Whether trial judge failing to instruct jury that prior inconsistent statements not adopted by witness do not constitute evidence — Whether trial judge mischaracterizing medical evidence — Whether trial judge erring in leaving defence of honest but mistaken belief in consent with jury — Whether new trial should be ordered.

Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Consentement — Croyance sincère mais erronée au consentement — Accusé acquitté d'agression sexuelle — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son examen du non-consentement de la plaignante? — Le juge du procès a-t-il omis de dire au jury que des déclarations antérieures incompatibles non confirmées par le témoin ne constituent pas une preuve? — Le juge du procès a-t-il mal qualifié la preuve médicale? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en soumettant à l'appréciation du jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement? — Y a-t-il lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès?

The accused was charged with sexual assault of the 15-year-old complainant V. V and her 14-year-old friend T had willingly gone with the accused and another young man, who picked them up in the accused's car at a pizza store at 1:30 a.m. The accused drove to a parking lot behind an apartment building, where the four consumed some beer and talked. They went on to a second parking lot, where the two girls exchanged seats. The accused then drove to a third lot, where he had sexual intercourse with V. After this he drove the two girls to T's home. V testified that she resisted the accused's advances throughout. She stated that she told him "no" during intercourse and tried to push him away. She testified that although the accused was not violent and the windows were open and the doors unlocked, she was afraid to scream or try to escape. A medical examination of V revealed extensive genital bruising consistent with "traumatic" or "very forceful" sexual intercourse. In his defence, the accused maintained that V had consented to the sexual intercourse. He also argued that, in light of V's denial that

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle sur la personne de V, la plaignante de 15 ans. V et son amie T, âgée de 14 ans, avaient volontairement accompagné l'accusé et un autre jeune homme, dans la voiture de l'accusé, à leur sortie d'une pizzeria, à 1 h 30 du matin. L'accusé s'est alors dirigé vers un parc de stationnement derrière un immeuble d'habitation où les quatre ont pris de la bière et parlé. Ils se sont rendus dans un deuxième parc de stationnement où les deux jeunes filles ont changé de place. L'accusé s'est ensuite dirigé vers un troisième parc de stationnement où il a eu des rapports sexuels avec V. Il a par la suite reconduit les deux jeunes filles chez T. V a témoigné que, tout au long de l'agression, elle avait résisté aux avances de l'accusé. Elle a affirmé lui avoir dit «non» pendant les rapports sexuels et avoir essayé de le repousser. Elle a témoigné qu'elle avait eu peur de crier ou de tenter de s'enfuir, même si l'accusé n'était pas violent et si les fenêtres de la voiture étaient ouvertes et les portes non verrouillées. Un examen médical a révélé que V avait subi d'importantes meurtrissures dans la région génitale correspon-

she had consented, circumstances were such that he had entertained an honest but mistaken belief in consent. The trial judge put this defence to the jury, which acquitted him. The Crown appealed, alleging that the trial judge made four errors: (1) he erred in his review of V's lack of consent and in his treatment of the jury's question on this issue; (2) he failed to instruct the jury that prior inconsistent statements not adopted by the witness do not constitute evidence; (3) he mischaracterized the medical evidence; and (4) he should not have left the defence of honest but mistaken belief with the jury. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the acquittal. All three judges were of the view that the case was one of consent or no consent, and there was no air of reality to a defence of honest but mistaken belief in consent. The majority of the court, however, did not consider the trial judge's errors to be of such significance that the acquittal should be set aside. The dissenting judge would have ordered a new trial.

Held (Major J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The cumulative effect of the errors made at trial requires that the appeal be allowed and a new trial ordered, despite the heavy onus on the Crown when it seeks to have an acquittal set aside. V's evidence was clear that she had repeatedly said "no" to the accused and had resisted the assault. There is nothing in the record to indicate that her statements to the police or her testimony at the preliminary hearing were contradictory on this point. The trial judge in his charge to the jury did not mention V's resistance and incorrectly stated that she had not said "no" to the accused. Since the sole issue was consent, this constituted a serious error. The jury were understandably confused by the trial judge's erroneous direction, as indicated by the question they put to him after an hour of deliberation. The judge's response to this question in essence told them they ought to try harder to remember the evidence, and this was an inadequate response. Combined with the other errors, its effect is serious. The second error is that the trial judge failed, as required by law, to instruct the jury that V's prior inconsistent statements were admitted on credibility only and not for the truth of their contents. Some of the trial judge's instructions suggested the prior

dant à des rapports sexuels «traumatiques» ou «très vigoureux». Dans sa défense, l'accusé a soutenu que V avait consenti aux rapports sexuels. Il a aussi affirmé que, même si V refusait d'admettre qu'elle avait consenti, les circonstances étaient telles qu'il avait eu une croyance sincère mais erronée au consentement. Le juge du procès a soumis cette défense au jury, qui l'a acquitté. Le ministère public a interjeté appel, soutenant que le juge du procès avait commis quatre erreurs: (1) il a commis une erreur dans son examen du non-consentement de V et dans sa réponse à la question du jury sur ce point; (2) il a omis de dire au jury que des déclarations antérieures incompatibles non confirmées par le témoin ne constituent pas une preuve; (3) il a mal qualifié la preuve médicale, et (4) il n'aurait pas dû soumettre la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury. La Cour d'appel, dans une décision majoritaire, a confirmé l'acquittement. Les trois juges ont conclu qu'il s'agissait d'un cas de consentement ou de non-consentement et qu'il n'y avait aucune vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Cependant, la cour à la majorité n'a pas jugé que les erreurs du juge du procès étaient si importantes qu'elles justifiaient l'annulation de l'acquittement. Le juge dissident aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (le juge Major est dissident): Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Iacobucci: Vu l'effet cumulatif des erreurs commises au procès, il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, malgré la lourde charge qui incombe au ministère public lorsqu'il cherche à faire annuler un acquittement. Le témoignage de V était clair: elle avait à maintes reprises dit «non», et s'était opposée à l'agression. Rien au dossier n'indique que les déclarations que V a faites à la police ou son témoignage à l'enquête préliminaire étaient contradictoires sur ce point. Dans ses directives au jury, le juge du procès n'a pas mentionné la résistance manifestée par V et a incorrectement affirmé qu'elle n'avait pas dit «non» à l'accusé. Puisque la seule question en litige portait sur le consentement, il s'agissait là d'une grave erreur. Le jury a naturellement été dérouteré par les directives erronées du juge du procès, comme l'indique la question qu'il a posée au juge une heure après le début des délibérations. Le juge a répondu à cette question en disant essentiellement au jury qu'il devait essayer davantage de se rappeler les témoignages, ce qui n'était pas une réponse appropriée. Conjuguée aux autres erreurs, cette réponse a une incidence grave. La deuxième erreur est que le juge du procès a omis d'indi-

statements could be relied on as evidence of what had happened. This erroneous direction constitutes a significant error. The third error lay in mischaracterizing the medical evidence. The trial judge suggested that the doctor's testimony that V suffered genital bruising consistent with "very forceful" or "traumatic" intercourse might not be very relevant since the accused admitted that intercourse had taken place. In fact, the evidence of bruising may have been relevant as an indication of lack of consent or resistance. Since consent was the only issue, this misdirection too assumes significance. Finally, the trial judge should not have left the defence of honest but mistaken belief with the jury, since it was unsupported by the evidence. The trial judge in putting this defence to the jury relied on the fact that the girls were out after midnight, that they willingly entered the car of the accused, that they changed seats without trying to escape, that the windows of the car were down and the doors unlocked and that the girls did not scream, as well as on the erroneous conclusion that there was no evidence of verbal complaint. These circumstances did not provide the required air of reality. Since there is no way of knowing whether the jury acquitted because they had a reasonable doubt about whether V consented, or whether they acquitted on the basis of a defence which should not have been left with them, a new trial should be ordered. Absent the significant errors at trial, a reasonable jury properly charged may well have reached a different verdict.

Per Sopinka J.: A new trial should be ordered by reason of the first three errors found by the Court of Appeal, for the reasons given by McLachlin J. The issue of honest but mistaken belief, however, is not before the Court.

Per La Forest and Gonthier JJ.: A new trial should be ordered, for the reasons given by the dissenting judge in

quer au jury, comme l'exige la loi, que les déclarations antérieures incompatibles de V ont été admises relativement à la question de la crédibilité seulement mais non comme faisant foi de leur contenu. Certaines des directives du juge du procès laissaient entendre que les déclarations antérieures pouvaient être utilisées comme preuve de ce qui s'était passé. Cette directive erronée constitue une erreur importante. La troisième erreur est le fait que la preuve médicale a été mal qualifiée. Relativement au témoignage du médecin que V avait subi des meurtrissures dans la région génitale correspondant à des rapports sexuels «très vigoureux» ou «traumatiques», le juge du procès a laissé entendre que ce témoignage pourrait ne pas être très pertinent puisque l'accusé avait admis l'existence des rapports sexuels. En fait, la preuve de l'existence de meurtrissures aurait pu être pertinente à titre d'indication de l'absence de consentement ou de la résistance manifestée. Puisque le consentement était la seule question en litige, cette directive erronée prend aussi de l'importance. Enfin, le juge du procès n'aurait pas dû soumettre au jury la défense de la croyance sincère mais erronée puisqu'il n'y avait pas d'élément de preuve à l'appui de cette défense. En soumettant cette défense au jury, le juge du procès s'est fondé sur le fait que les jeunes filles n'étaient pas encore à la maison après minuit, qu'elles étaient volontairement montées dans la voiture de l'accusé, qu'elles avaient changé de place sans essayer de se sauver, que les fenêtres de la voiture étaient baissées et les portes non verrouillées et que les jeunes filles n'avaient pas crié, ainsi que sur la conclusion erronée qu'il n'existait pas de preuve d'une plainte orale. Ces circonstances n'établissaient pas la vraisemblance requise. Puisqu'il n'existe aucun moyen de savoir si le jury a rendu un verdict d'acquiescement parce qu'il avait un doute raisonnable quant au consentement de V ou parce qu'il s'est fondé sur une défense qui n'aurait pas dû lui être soumise, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. N'eussent été les erreurs importantes commises au procès, un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées aurait bien pu arriver à un verdict différent.

Le juge Sopinka: Pour les motifs donnés par le juge McLachlin, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès compte tenu des trois premières erreurs constatées par la Cour d'appel. Cependant, la Cour n'est pas saisie de la question de la croyance sincère mais erronée.

Les juges La Forest et Gonthier: Pour les motifs donnés par le juge dissident de la Cour d'appel, il y a

the Court of Appeal. The defence of honest but mistaken belief is not before the Court.

Per L'Heureux-Dubé J.: A new trial should be ordered, for the reasons given by the dissenting judge in the Court of Appeal. The defence of honest but mistaken belief in consent is not before the Court since this is an appeal as of right, the Court of Appeal was unanimous on that issue and no leave to appeal was granted. In any event, as regards that defence, the majority reasons in *R. v. Park* should be referred to. Major J.'s positions on both issues were strongly disagreed with.

Per Major J. (dissenting): The Crown has failed to satisfy the court to a reasonable certainty that the verdict would not necessarily have been the same had the jury been properly instructed. When the verdict at trial is an acquittal, the Crown appellant does not benefit from the *prima facie* assumption that an error warrants a new trial. The onus is on the Crown from the outset to establish that the errors complained of materially affected the verdict, such that a new trial is justified. There were clearly errors in the trial judge's charge to the jury. The trial judge incorrectly stated that V's evidence was that she did not come out and say "no" exactly. However, this error did not change the outcome of the trial. Immediately thereafter the trial judge admitted that he might be mistaken and told the jury that it was their recollection of the evidence, not his, which was important. In addition, the jury's question indicates that they understood the complainant's evidence to be that she said no. The trial judge did not err in denying the jury's request to have that evidence replayed. While any request for instruction or assistance from a jury must be treated carefully, in the case where a jury wishes to have evidence read or played again, problems can arise, especially in procedural fairness. Here the jury were not advised that they could not obtain assistance, but were told they should make a further attempt on their own and that if this attempt failed, assistance would be forthcoming. With respect to the alleged improper characterization of the medical evidence, the trial judge said that the jury would have to consider this evidence as an indication of the force which must have been used, and thus did not remove the evidence from their consideration on the issue of consent. The trial judge's failure to inform the jury that prior inconsistent statements which had not been adopted by the witnesses could be used only for assessing credibility was an error. In this case, however, the inconsistent statements were before the jury to test

lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. La Cour n'est pas saisie de la question de la défense de croyance sincère mais erronée.

Le juge L'Heureux-Dubé: Pour les motifs donnés par le juge dissident de la Cour d'appel, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. La Cour n'est pas saisie de la question de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement puisqu'il s'agit d'un pourvoi formé de plein droit, que la Cour d'appel a été unanime sur cette question et qu'aucune autorisation de pourvoi n'a été accordée. À tout événement, en ce qui concerne cette défense, il y a lieu de s'en remettre aux motifs majoritaires dans l'arrêt *R. c. Park*. Il y a entier désaccord avec les positions adoptées par le juge Major sur les deux questions examinées.

Le juge Major (dissent): Le ministère public n'a pas convaincu la Cour avec un degré raisonnable de certitude que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées. Lorsqu'un acquittement est prononcé au procès, le ministère public appellant ne bénéficie pas de la présomption *prima facie* qu'une erreur commande un nouveau procès. Le ministère public a la charge dès le début d'établir que les erreurs dont il se plaint ont influé sur le verdict d'une manière si importante que cela justifie un nouveau procès. Il y avait de toute évidence des erreurs dans les directives du juge du procès au jury. Le juge du procès a eu tort d'affirmer qu'il fallait conclure du témoignage de V qu'elle n'avait pas précisément dit un «non» ferme. Toutefois, cette erreur n'a pas eu pour effet de changer l'issue du procès. Juste après, le juge du procès a admis qu'il se trompait peut-être et il a dit aux jurés que c'était leur souvenir du témoignage, et non le sien, qui importait. De plus, la question du jury indique qu'il avait compris du témoignage de la plaignante qu'elle avait dit non. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en rejetant la demande du jury de réentendre ce témoignage. Il faut répondre avec soin à toute demande de directives ou d'aide présentée par un jury; toutefois, une demande du jury que la preuve soit lue ou entendue à nouveau peut soulever des problèmes, particulièrement eu égard à l'équité procédurale. En l'espèce, les jurés n'ont pas reçu comme réponse qu'ils ne pouvaient pas obtenir d'aide, mais qu'ils devaient faire encore un effort par eux-mêmes, et que si cela se révélait infructueux, ils recevraient de l'aide. En ce qui concerne le fait que la preuve médicale aurait été mal qualifiée, le juge du procès a dit que le jury devrait considérer cette preuve comme une indication de la force qui a dû être utilisée, et n'a donc pas soustrait la preuve à l'examen du jury sur la question du consentement. Le juge du procès a commis une erreur en omettant de dire au jury que

credibility and not for any other purpose. The final error alleged by the Crown is that the trial judge put the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury. While the factors listed by the trial judge as supporting the accused's assertion of honest belief in consent do not provide an "air of reality" as required for the defence, this case was one of consent or no consent and credibility was the key issue. Since it is highly unlikely that the jury would have decided the case based on honest but mistaken belief in consent, the verdict would likely have been the same had that defence not been before the jury. The circumstances giving rise to the complaint were decisive. The cramped quarters in which the alleged sexual assault took place were such that some co-operation of the complainant was necessary. This was consistent with the accused's testimony and inconsistent with that of the complainant. The jury were aware of the circumstances and concluded that the accused proceeded with consent, or at least they had a reasonable doubt about his guilt. This finding of fact represents the collective wisdom of the community as expressed by the jury and should not be interfered with.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836.

By Major J. (dissenting)

R. v. Curllett (1936), 66 C.C.C. 256; *R. v. Bourgeois* (1937), 69 C.C.C. 120; *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268; *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658; *R. v. Savoie* (1956), 117 C.C.C. 327; *R. v. Forgeron* (1958), 121 C.C.C. 310; *R. v. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Wydryk* (1971),

les déclarations antérieures incompatibles qui n'avaient pas été confirmées par les témoins pouvaient être utilisées seulement quant à l'évaluation de la crédibilité. En l'espèce, cependant, les déclarations incompatibles ont été soumises au jury pour évaluer la crédibilité, et pour aucune autre fin. Le ministère public allègue comme dernière erreur le fait que le juge du procès a soumis au jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Bien que les facteurs énumérés par le juge du procès comme appuyant l'affirmation de l'accusé qu'il croyait sincèrement au consentement ne confèrent pas la «vraisemblance» que doit avoir ce moyen de défense, il s'agit en l'espèce d'une question de consentement ou de non-consentement et la crédibilité est la question clé. Puisqu'il est très improbable que le jury ait statué sur cette affaire en se fondant sur la croyance sincère mais erronée au consentement, le verdict aurait probablement été le même si cette défense n'avait pas été soumise au jury. Les circonstances qui ont donné lieu à la plainte étaient déterminantes. L'exiguïté de l'endroit où a eu lieu l'agression sexuelle alléguée était telle qu'une certaine coopération de la plaignante était nécessaire. Cela est compatible avec le témoignage de l'accusé, mais incompatible avec celui de la plaignante. Le jury était au courant des circonstances et a conclu que l'accusé avait agi avec le consentement de la plaignante, ou il avait au moins un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Cette conclusion de fait représente la sagesse de la collectivité exprimée par le jury et elle ne devrait pas être modifiée.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt mentionné: *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Curllett (1936), 66 C.C.C. 256; *R. c. Bourgeois* (1937), 69 C.C.C. 120; *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268; *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658; *R. c. Savoie* (1956), 117 C.C.C. 327; *R. c. Forgeron* (1958), 121 C.C.C. 310; *R. c. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Wydryk* (1971),

5 C.C.C. (2d) 473; *R. v. Ostrowski*, [1990] 2 S.C.R. 82; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1906, c. 146, s. 1014(2), (3) [rep. & sub. 1923, c. 41, s. 9].
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 1013(4), (5) [rep. & sub. 1930, c. 11, s. 28].
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(4), 675(1)(a), 676(1)(a), 686(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (4) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145], 691(2)(a) [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 9)].
Criminal Justice Act 1972 (U.K.), 1972, c. 71, s. 36.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 18 O.R. (3d) 221, 89 C.C.C. (3d) 425, 31 C.R. (4th) 374, 71 O.A.C. 340, affirming the accused's acquittal by Sheppard J. on a charge of sexual assault. Appeal allowed and new trial ordered, Major J. dissenting.

Susan L. Reid, for the appellant.

Lorne Levine, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

5 C.C.C. (2d) 473; *R. c. Ostrowski*, [1990] 2 R.C.S. 82; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1906, ch. 146, art. 1014(2), (3) [abr. & rempl. 1923, ch. 41, art. 9].
Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 1013(4), (5) [abr. & rempl. 1930, ch. 11, art. 28].
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 613(1)(b)(iii).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4), 675(1)(a), 676(1)(a), 686(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (4) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145], 691(2)(a) [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 9)].
Criminal Justice Act 1972 (U.K.), 1972, ch. 71, art. 36.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 18 O.R. (3d) 221, 89 C.C.C. (3d) 425, 31 C.R. (4th) 374, 71 O.A.C. 340, qui a confirmé l'acquittement de l'accusé prononcé par le juge Sheppard relativement à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli et tenue d'un nouveau procès ordonnée, le juge Major est dissident.

Susan L. Reid, pour l'appelante.

Lorne Levine, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

¹ MCLACHLIN J. — Mr. Livermore is charged with sexual assault of a 15-year-old girl, Valerie. At the time of the alleged assault, Livermore was 28 years old. It is common ground that Valerie and her 14-year-old friend Tasha had willingly gone with Livermore and another young man, the co-accused, who picked them up in Livermore's car at an Oshawa pizza store at 1:30 a.m. Livermore drove to a parking lot behind an apartment building where the four consumed some beer and talked. Both Tasha and Valerie testified that Tasha asked to go home after approximately 30 minutes; the accused stated that the four mutually agreed to drive to another location. Livermore drove past Tasha's building to a second parking lot, where the two girls exchanged seats. Livermore then drove to

LE JUGE MCLACHLIN — M. Livermore est accusé d'agression sexuelle sur la personne d'une jeune fille de 15 ans, nommée Valerie. À l'époque de l'agression reprochée, Livermore était âgé de 28 ans. Les parties ont admis que Valerie et son amie Tasha, âgée de 14 ans, avaient volontairement accompagné Livermore et un autre jeune homme, le coaccusé, dans la voiture de Livermore, à leur sortie d'une pizzeria d'Oshawa, à 1 h 30 du matin. Livermore s'est alors dirigé vers un parc de stationnement derrière un immeuble d'habitation où les quatre ont pris de la bière et parlé. Tasha et Valerie ont témoigné que Tasha avait demandé de rentrer à la maison après environ 30 minutes; l'accusé a dit que les quatre avaient convenu de se rendre à un autre endroit. Livermore est passé devant

a third parking lot where he had sexual intercourse with Valerie. After this he drove the two girls to Tasha's home.

Valerie testified that she resisted Mr. Livermore's advances throughout. She stated that although she told the accused to stop kissing her and pushed him away, he climbed over the gear shift, pulled her pants down and had sexual intercourse with her. She stated that she told him "no" during intercourse and tried to push him away. She testified that although the accused was not violent and the windows were open and the doors unlocked, she was afraid to scream or try to escape because in the movies "people that don't say nothing, don't do nothing, just get away". Valerie stated that when they arrived at Tasha's apartment, Livermore hugged her. Valerie said that it was possible that she had hugged him back, before saying "bye". When asked by counsel for the accused why, on returning to Tasha's apartment building, she didn't run into the apartment with Tasha to escape, she stated that she didn't because she didn't want the men "to know that anything was wrong".

The girls testified that on their return to Tasha's home they locked themselves in the bathroom and concocted a story to explain their absence to Tasha's mother. They told Tasha's mother a story that involved the presence of a third girl at the pizza store, whose threatening manner had prompted them to go with Livermore and the co-accused for safety. They also told her that Valerie had been raped. Valerie related the same story in her first statement to the police later that morning. She testified that the only part of the story that was untrue was the explanation of how the girls came to get into the car with Livermore and the co-accused. Valerie says she told her own mother the truth "from the start", at the hospital later in the

chez Tasha sans s'arrêter pour entrer dans un deuxième parc de stationnement où les deux jeunes filles ont changé de place. Livermore s'est ensuite dirigé vers un troisième parc de stationnement où il a eu des rapports sexuels avec Valerie. Il a par la suite reconduit les deux jeunes filles chez Tasha.

Valerie a témoigné que, tout au long de l'agression, elle avait résisté aux avances de M. Livermore. Elle a dit que, même si elle avait dit à l'accusé de cesser de l'embrasser et si elle l'avait repoussé, Livermore était passé par-dessus la boîte de vitesses, lui a descendu les pantalons et a eu des rapports sexuels avec elle. Elle a affirmé lui avoir dit «non» pendant les rapports sexuels et avoir essayé de le repousser. Elle a témoigné qu'elle avait eu peur de crier ou de tenter de s'enfuir, même si l'accusé n'était pas violent et si les fenêtres de la voiture étaient ouvertes et les portes non verrouillées, parce que dans les films [TRANSDUCTION] «les gens qui ne disent rien, ne font rien, réussissent à s'en sortir». Valerie a dit que Livermore l'avait étreinte lorsqu'ils sont arrivés à l'appartement de Tasha. Elle a affirmé qu'elle l'avait peut-être aussi étreint avant de lui dire «bonsoir». Lorsque l'avocat de l'accusé lui a demandé pourquoi elle n'était pas entrée en courant dans l'appartement avec Tasha lorsqu'elles sont arrivées chez Tasha, elle a répondu qu'elle ne l'avait pas fait parce qu'elle ne voulait pas que les hommes [TRANSDUCTION] «pensent qu'il y avait quelque chose qui n'allait pas».

Dans leur témoignage, les jeunes filles ont dit s'être enfermées dans la salle de bains à leur retour chez Tasha et avoir fabriqué une histoire pour expliquer leur absence à la mère de Tasha. Elles lui ont dit qu'il y avait à la pizzeria une troisième fille dont la conduite menaçante les avait incitées à partir avec Livermore et le coaccusé par souci de sécurité. Elles lui ont également dit que Valerie avait été violée. Valerie a raconté la même version de l'incident dans sa première déclaration à la police plus tard ce matin-là. Dans son témoignage, elle a affirmé que la seule partie de l'histoire qui n'était pas vraie était l'explication de la raison pour laquelle elles s'étaient retrouvées dans la voiture avec Livermore et le coaccusé. Valerie a men-

morning, and subsequently told the police the truth in a second statement. A medical examination of Valerie revealed extensive genital bruising consistent with "traumatic" or "very forceful" sexual intercourse.

tionné qu'elle avait dit la vérité à sa mère [TRADUCTION] «dès le départ», à l'hôpital plus tard dans la matinée, et qu'elle avait ensuite dit la vérité à la police dans une deuxième déclaration. Un examen médical a révélé que Valerie avait subi d'importantes meurtrissures dans la région génitale correspondant à des rapports sexuels [TRADUCTION] «traumatiques» ou «très vigoureux».

4 Livermore's testimony contradicted Valerie's on the issue of consent. He testified that Valerie had been a willing partner while they mutually kissed and touched each other and that he climbed over the gear shift onto her side of the car after she touched his leg and penis. He stated that Valerie lowered her own pants and underpants prior to intercourse. Livermore testified that on the way back to Tasha's apartment, Tasha and Valerie discussed how they would explain their absence to Tasha's mother. He stated that Valerie hugged him before she left the car. Livermore also testified that he gave a slip of paper to Tasha on which he had written his name and telephone number before she and Valerie switched places in the car.

Dans son témoignage, Livermore a contredit Valerie sur la question du consentement. Il a dit que Valerie avait été consentante lorsqu'ils se sont embrassés et touchés et qu'il était passé de son côté de la voiture par-dessus la boîte de vitesses après qu'elle lui eut touché la jambe et le pénis. Il a dit que Valerie avait descendu ses pantalons et sa culotte avant les rapports sexuels. Il a ensuite ajouté que sur le chemin du retour, Tasha et Valerie avaient parlé de la façon dont elles expliqueraient leur absence à la mère de Tasha. Il a dit que Valerie l'avait étreint avant de descendre de la voiture. Livermore a aussi témoigné avoir remis un morceau de papier à Tasha sur lequel il avait écrit son nom et son numéro de téléphone avant que les deux jeunes filles changent de place dans la voiture.

5 In his defence, Livermore maintained that Valerie had consented to the sexual intercourse. He also argued that, in light of Valerie's denial that she had consented, circumstances were such that he had entertained an honest but mistaken belief in consent. The trial judge put this defence to the jury, which acquitted him and his co-accused. The Ontario Court of Appeal dismissed the appeal: (1994), 18 O.R. (3d) 221. Abella J.A., dissenting, would have ordered a new trial.

Dans sa défense, Livermore a soutenu que Valerie avait consenti aux rapports sexuels. Il a aussi affirmé que, même si Valerie refusait d'admettre qu'elle avait consenti, les circonstances étaient telles qu'il avait eu une croyance sincère mais erronée au consentement. Le juge du procès a soumis cette défense au jury, qui les a acquittés, lui et son coaccusé. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel: (1994), 18 O.R. (3d) 221. Le juge Abella était dissidente et aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

6 Both in the Court of Appeal and in this Court, the Crown alleged that the trial judge made the following four errors:

Tant devant la Cour d'appel que devant notre Cour, le ministère public a soutenu que le juge du procès avait commis les quatre erreurs suivantes:

(1) The trial judge erred in his review of Valerie's lack of consent and in his treatment of the jury's question on this issue;

(1) Le juge du procès a commis une erreur dans son examen du non-consentement de Valerie et dans sa réponse à la question du jury sur ce point;

- (2) The trial judge failed to instruct the jury that prior inconsistent statements not adopted by the witness do not constitute evidence;
- (3) The trial judge mischaracterized the medical evidence; and
- (4) The defence of honest but mistaken belief should not have been left with the jury.

In my view, the cumulative effect of the errors made at trial requires that the appeal be allowed and a new trial ordered, despite the heavy onus on the Crown when it seeks to have an acquittal set aside.

With respect to the first alleged error, Valerie's evidence was clear that she had repeatedly said "no" to Livermore and had resisted the assault. There is nothing in the record to indicate that her statements to the police or her testimony at the preliminary hearing were contradictory on this point. The contradiction with respect to her saying "no" to the co-accused when he tried to kiss her does not negate the consistency of her testimony with respect to Livermore. The trial judge in his charge to the jury did not mention Valerie's resistance and incorrectly stated that she had not said "no" to Livermore. Since the sole issue was consent, this constituted a serious error.

The jury was understandably confused by the trial judge's erroneous direction, as indicated by the question it put to the judge after an hour of deliberation:

The jury would like to hear evidence repeated with respect to the witness Valerie . . . answering to both the Crown and the defence questioning about when Valerie said, no, to Carson Livermore. Further, can we also hear Valerie's comments of, no, during the preliminary hearing? [Emphasis added.]

The judge's response to this question was accurately described by the dissenting judge in the

- (2) Le juge du procès a omis de dire au jury que des déclarations antérieures incompatibles non confirmées par le témoin ne constituent pas une preuve;
- (3) Le juge du procès a mal qualifié la preuve médicale;
- (4) La défense de croyance sincère mais erronée n'aurait pas dû être soumise à l'appréciation du jury.

À mon avis, vu l'effet cumulatif des erreurs commises au procès, il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, malgré la lourde charge qui incombe au ministère public lorsqu'il cherche à faire annuler un acquittement.

En ce qui concerne la première erreur reprochée, le témoignage de Valerie était clair: elle avait à maintes reprises dit «non», et s'était opposée à l'agression. Rien au dossier n'indique que les déclarations que Valerie a faites à la police ou son témoignage à l'enquête préliminaire étaient contradictoires sur ce point. La contradiction relativement au fait qu'elle a dit «non» au coaccusé lorsque celui-ci a tenté de l'embrasser ne rend pas incompatible pour autant son témoignage relativement à Livermore. Dans ses directives au jury, le juge du procès n'a pas mentionné la résistance manifestée par Valerie et a incorrectement affirmé qu'elle n'avait pas dit «non» à Livermore. Puisque la seule question en litige portait sur le consentement, il s'agissait là d'une grave erreur.

Le jury a naturellement été dérouté par les directives erronées du juge du procès, comme l'indique la question qu'il a posée au juge une heure après le début des délibérations.

[TRADUCTION] Le jury aimerait réentendre la partie du témoignage de Valerie [. . .] lorsqu'elle a répondu au ministère public et à l'avocat de la défense qui lui demandaient quand elle avait dit «non» à Carson Livermore. Pourrions-nous aussi entendre les commentaires que Valerie a faits lors de l'enquête préliminaire relativement à son refus? [Je souligne.]

Comme le décrit fort bien le juge dissident de la Cour d'appel, le juge a répondu à cette question en

7

8

9

Court of Appeal as, in essence, telling them they ought to try harder to remember the evidence. This was an inadequate response to the jury's question, which indicated difficulty on the main issue in the case — consent. Combined with the other errors, its effect is serious.

disant essentiellement au jury qu'il devait essayer davantage de se rappeler les témoignages. Ce n'était pas là une réponse appropriée à la question du jury, qui indiquait que ce dernier éprouvait de la difficulté avec la principale question en litige — le consentement. Conjuguée aux autres erreurs, cette réponse a une incidence grave.

10 The second error is that the trial judge failed, as required by law, to instruct the jury that Valerie's prior inconsistent statements were admitted on credibility only and not for the truth of their contents. Some of the trial judge's instructions suggested the prior statements could be relied on as evidence of what had happened. Had Valerie adopted the prior statements in her evidence at trial, no problem would have arisen. However, she did not adopt, but expressly rejected, a number of them. Some of the prior statements, if accepted for the truth of their contents, might have led the jury to a verdict which was not based on the evidence. In particular, Valerie's prior statements, denied at trial, that her pants were tight and that it was she who gave the respondent a hug outside the car, if believed, might have been used by the jury to draw the critical conclusion that Valerie consented. The majority of the Court of Appeal, while finding error on this point, suggested that it was less serious than it might have been since "the witnesses' prior inconsistent statements were used mainly to attack their credibility" (p. 231). With respect, this conclusion is no answer to the fact that the jury might well have concluded from the trial judge's direction that it could use the prior statements as proving the truth of their contents. This erroneous direction constitutes a significant error.

La deuxième erreur est que le juge du procès a omis d'indiquer au jury, comme l'exige la loi, que les déclarations antérieures incompatibles de Valerie ont été admises relativement à la question de la crédibilité seulement mais non comme faisant foi de leur contenu. Certaines des directives du juge du procès laissaient entendre que les déclarations antérieures pouvaient être utilisées comme preuve de ce qui s'était passé. Si, dans son témoignage au procès, Valerie avait confirmé les déclarations antérieures, il n'y aurait pas eu de problème. Cependant, elle ne l'a pas fait, mais a expressément rejeté un certain nombre d'entre elles. Certaines de ces déclarations antérieures, si elles avaient été acceptées comme faisant foi de leur contenu, auraient pu amener le jury à un verdict qui n'était pas fondé sur la preuve. Tout particulièrement, les déclarations antérieures de Valerie, contredites au procès, selon lesquelles elle portait des pantalons serrés et avait étreint l'intimé à l'extérieur de la voiture, auraient pu, si elles avaient été crues, amener le jury à tirer la conclusion fondamentale que Valerie avait consenti. La Cour d'appel à la majorité est arrivée à la conclusion qu'il y avait eu erreur sur ce point, mais a mentionné que cette erreur était moins grave qu'elle aurait pu l'être puisque [TRADUCTION] «les déclarations antérieures des témoins ont principalement servi à attaquer leur crédibilité» (p. 231). En toute déférence, cette conclusion n'apporte pas de solution au fait que le jury aurait pu, à partir des directives du juge du procès, décider qu'il pouvait se servir des déclarations antérieures comme faisant foi de leur contenu. Cette directive erronée constitue une erreur importante.

11 The third error lay in mischaracterizing the medical evidence. Dr. Flock testified that Valerie suffered genital bruising consistent with "very forceful" or "traumatic" intercourse. The trial

La troisième erreur est le fait que la preuve médicale a été mal qualifiée. Le Dr Flock a témoigné que Valerie avait subi des meurtrissures dans la région génitale correspondant à des rap-

judge suggested to the jury that this evidence might not be very relevant since Livermore admitted that intercourse had taken place. The trial judge said:

As far as the medical evidence of Dr. Flock is concerned, this evidence would be relevant, particularly relevant, if there was a denial that any sexual intercourse or attempted sexual intercourse took place but there is no denial of that. It is admitted. But, the Crown would ask you to consider this evidence as an indication of the force which must have been used to have caused the bruising which the doctor described. Again, this is a fact which you will have to consider. [Emphasis added.]

I agree with the dissenting judge in the Court of Appeal that this passage might be taken as suggesting that the evidence of bruising was of little or no relevance, given the admission of intercourse. In fact, it may have been relevant as an indication of lack of consent or resistance. Since consent was the only issue, this misdirection too assumes significance.

It remains to consider the allegation that the trial judge should not have left the defence of honest but mistaken belief with the jury. The Court of Appeal was unanimous in concluding that it should not have, since the defence was unsupported by the evidence. I agree with that assessment.

Livermore testified that he believed Valerie was consenting to intercourse. The only question is whether there was sufficient foundation in the facts to lend an air of reality to the defence of mistaken but honest belief in consent. There was evidence that Valerie had said no; there was no evidence that she had said yes. The trial judge in putting this defence to the jury relied on the fact that the girls were out after midnight, that they willingly entered the car of the accused, that they changed seats without trying to escape, that the windows of the car were down and the doors unlocked, that the girls did not scream and the erroneous conclusion, discussed earlier in these reasons, that there was no

ports sexuels «très vigoureux» ou «traumatiques». Le juge du procès a indiqué au jury que cette preuve pourrait ne pas être très pertinente puisque Livermore avait admis l'existence des rapports sexuels. Il a dit:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la preuve médicale du Dr Flock, cette preuve serait pertinente, tout particulièrement pertinente, si l'on avait nié le fait qu'il y a eu rapports sexuels ou tentative de rapports sexuels; cependant, tel n'est pas le cas. Ce fait a été admis. Cependant, le ministère public vous demande de considérer cette preuve comme une indication de la force qui a dû être utilisée pour causer les meurtrissures décrites par le médecin. Encore une fois, c'est un fait que vous devrez examiner. [Je souligne.]

Je conviens avec le juge dissident de la Cour d'appel que l'on pourrait considérer ce passage comme signifiant que la preuve de l'existence de meurtrissures n'était pas ou presque pas pertinente, puisque les rapports sexuels ont été admis. En fait, elle aurait pu être pertinente à titre d'indication de l'absence de consentement ou de la résistance manifestée. Puisque le consentement était la seule question en litige, cette directive erronée prend aussi de l'importance.

Il reste à examiner l'argument que le juge du procès n'aurait pas dû soumettre au jury la défense de la croyance sincère mais erronée. La Cour d'appel à l'unanimité a conclu qu'il n'aurait pas dû le faire puisqu'il n'y avait pas d'élément de preuve à l'appui de cette défense. Je suis d'accord avec cette conclusion.

Livermore a témoigné qu'il croyait que Valerie consentait aux rapports sexuels. La seule question est de savoir si les faits rendent vraisemblable la défense de la croyance erronée mais sincère au consentement. Il existait une preuve que Valerie avait dit «non»; il n'en existait pas qu'elle avait dit «oui». En soumettant cette défense au jury, le juge du procès s'est fondé sur le fait que les jeunes filles n'étaient pas encore à la maison après minuit, qu'elles étaient volontairement montées dans la voiture de l'accusé, qu'elles avaient changé de place sans essayer de se sauver, que les fenêtres de la voiture étaient baissées et les portes non verrouillées et que les jeunes filles n'avaient pas crié,

12

13

evidence of verbal complaint. Abella J.A. was of the view that these circumstances did not provide the required air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent (at p. 226):

Not screaming, drinking beer while under age, being out at 1:00 a.m., parking, cavalierly trusting a stranger, switching places in a car after a casual physical encounter, and staying too long in a car someone else has control over, are neither individually nor collectively any basis at all, let alone realistic ones, for assuming that someone is agreeing to sexual intercourse. In my view, there were no reasonable grounds for the accused's beliefs found in the package of factors listed by the trial judge.

14 Galligan J.A., for the majority, suggested that "this case was one of consent or no consent and there was no air of reality to a defence of honest but mistaken belief in consent" (p. 232).

15 The common law has long recognized that defences for which there is no factual basis or evidentiary foundation should not be put to the jury. In *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, this Court articulated the minimum threshold for mistake of fact defences, including an accused person's honest but mistaken belief in consent, as requiring an air of reality to be raised on the evidence and circumstances to support the defence. In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, Cory J. noted that the air of reality test as it relates to honest but mistaken belief in consent in all assault offences has been codified by the requirement in s. 265(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, that there be "sufficient evidence" in order for the judge to put the defence of mistake to the jury.

16 In *Pappajohn*, McIntyre J. described the air of reality threshold as follows: "to convey such a

ainsi que sur la conclusion erronée, que j'ai examinée dans les présents motifs, qu'il n'existait pas de preuve d'une plainte orale. Le juge Abella était d'avis que ces circonstances n'établissaient pas la vraisemblance requise relativement à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement (à la p. 226):

[TRADUCTION] Le fait de ne pas avoir crié, la consommation de bière par des mineures, le fait de ne pas être à la maison à une heure du matin, de se trouver dans un parc de stationnement, de se fier cavalièrement à un étranger, de changer de place dans une voiture après un contact physique sans importance et de rester trop longtemps dans la voiture de quelqu'un d'autre qui en a le contrôle, ne sont ni individuellement ni collectivement un fondement, encore moins un fondement réaliste, qui permet de supposer qu'une personne consent à des rapports sexuels. À mon avis, on ne trouve parmi les facteurs énumérés par le juge du procès, aucun motif raisonnable à l'appui des croyances de l'accusé.

Le juge Galligan, s'exprimant au nom de la majorité, affirme qu'il s'agissait [TRADUCTION] «d'un cas de consentement ou de non-consentement et qu'il n'y avait aucune vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement» (p. 232).

La common law reconnaît depuis longtemps que l'on ne devrait pas soumettre au jury les moyens de défense non fondés sur les faits ou sur la preuve. Dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, notre Cour a formulé la norme minimale des défenses d'erreur de fait, y compris celle de la croyance sincère mais erronée au consentement, affirmant qu'une vraisemblance doit se dégager de la preuve et des circonstances pour appuyer cette défense. Dans *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, le juge Cory a affirmé que le critère de la vraisemblance relativement à la croyance sincère mais erronée au consentement dans tous les cas d'infractions de voies de fait a été codifié par l'exigence du par. 265(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, selon laquelle il doit y avoir une «preuve suffisante» pour que le juge puisse soumettre la défense d'erreur au jury.

Dans *Pappajohn*, le juge McIntyre a décrit le critère minimal de la vraisemblance en ces termes:

sense of reality, there must be some evidence which, if believed, would support the existence of a mistaken but honest belief that the complainant was in fact consenting to the acts of intercourse which admittedly occurred” (p. 128). He observed (at p. 133):

To require the putting of the alternative defence of mistaken belief in consent, there must be, in my opinion, some evidence beyond the mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant. This evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality.

He later clarified this statement in *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, at p. 790:

These words appear, on occasion, to have been misunderstood, but I do not withdraw them. There will not be an air of reality about a mere statement that “I thought she was consenting” not supported to some degree by other evidence or circumstances arising in the case The question [the trial judge] must answer is this. In all the circumstances of this case, is there any reality in the defence?

McIntyre J. in *Pappajohn* was alive to the fact that, absent a requirement that the evidence lend an air of reality to the defence of mistake of fact, the defence could be put forward by the accused in every case of sexual assault merely by the accused’s assertion that he believed the complainant consented, to the confusion of the jury and at the risk of a false verdict. Evidence lending an air of reality to the defence may come from the accused or from other sources: *Osolin, supra*, at pp. 686-87 *per* Cory J. and at p. 649 *per* McLachlin J. Nevertheless, the threshold of “sufficient evidence” — the air of reality test — must be maintained if we are to ensure that the defence is one which is not spurious, but founded on the evidence.

The defence of mistake of fact in the context of sexual assault involves two elements: (1) that the accused honestly believed the complainant consented; and (2) that the accused have been mis-taken in this belief. In order for the defence to be

«pour qu’il y ait vraisemblance, il doit y avoir une preuve qui, si on la croit, appuiera l’existence d’une croyance erronée mais sincère que la plaignante consentait en fait aux rapports sexuels qui ont effectivement eu lieu» (p. 128). Il fait remarquer, à la p. 133:

Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, il faut, à mon avis, d’autres preuves que la simple affirmation par l’appelant d’une croyance au consentement. Cette preuve doit ressortir d’autres sources que l’appelant, ou s’y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance.

Il a plus tard clarifié cet énoncé dans *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, aux pp. 790 et 791:

Ces termes paraissent, à l’occasion, avoir été mal interprétés, mais je ne me rétracte pas. Il n’y aura pas d’apparence de vraisemblance à la simple affirmation «je croyais qu’elle consentait» sans que ce ne soit appuyé dans une certaine mesure par d’autres éléments de preuve ou circonstances de l’affaire. [. . .] La question à laquelle [le juge du procès] doit répondre est la suivante. Vu toutes les circonstances de l’espèce, le moyen de défense paraît-il vraisemblable?

Dans *Pappajohn*, le juge McIntyre était conscient du fait que, si l’on n’exigeait pas que la preuve rende vraisemblable la défense d’erreur de fait, l’accusé pourrait soulever ce moyen de défense dans tous les cas d’agression sexuelle simplement en affirmant qu’il croyait au consentement de la plaignante, ce qui jetterait la confusion dans l’esprit du jury et risquerait d’aboutir à un verdict erroné. La preuve qui rend la défense vraisemblable peut provenir de l’accusé ou d’autres sources: *Osolin*, précité, aux pp. 686 et 687, le juge Cory, et à la p. 649, le juge McLachlin. Néanmoins, le critère minimal d’une «preuve suffisante» — le critère de la vraisemblance — doit être maintenu si nous voulons nous assurer que la défense ne sera pas une défense fallacieuse, mais bien une défense fondée sur la preuve.

La défense d’erreur de fait dans le contexte de l’agression sexuelle comporte deux éléments: (1) l’accusé doit avoir cru sincèrement au consentement de la plaignante, et (2) l’accusé doit avoir eu cette croyance erronément. Pour que la défense

put to the jury, there must be evidence lending an air of reality to both of these elements. Typically, the second element is established through the assertion by the accused or counsel for the accused that he believed the complainant consented although her evidence is to the contrary. It is in relation to the first element — honest belief — that difficulties arise in establishing an air of reality. In order for the belief to be honestly held, the accused cannot have been wilfully blind about whether consent was given: *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570. Furthermore, since recklessness about whether there was consent constitutes one aspect of the *mens rea* of sexual assault (*Pappajohn, supra*, at p. 146), the accused cannot have been reckless in his belief that there was consent. While the belief need not be reasonable, there must be something in the evidence of the circumstances surrounding the alleged assault which lends an air of reality to an honest belief in consent.

puisse être soumise au jury, la preuve doit rendre vraisemblables ces deux éléments. Ordinairement, le second élément est établi lorsque l'accusé ou son avocat affirme qu'il croyait au consentement de la plaignante même si celle-ci a prétendu le contraire dans son témoignage. C'est relativement au premier élément — la croyance sincère — que l'on a des difficultés à établir une vraisemblance. Pour qu'il s'agisse d'une croyance sincère, l'accusé ne peut avoir fait preuve d'ignorance volontaire quant au consentement: *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570. Par ailleurs, puisque l'insouciance quant au consentement constitue un aspect de la *mens rea* de l'agression sexuelle (*Pappajohn*, précité, à la p. 146), l'accusé ne peut avoir fait preuve d'insouciance dans sa croyance au consentement. Bien que la croyance n'ait pas besoin d'être raisonnable, il doit y avoir dans la preuve relative aux circonstances entourant l'agression reprochée quelque chose qui rend vraisemblable une croyance sincère au consentement.

19

In the case at bar, the accused testified that he believed Valerie consented, contrary to her evidence that she resisted intercourse throughout. The element of mistake is made out. There is no evidence, however, which lends an air of reality to the assertion by the accused that he had an honest belief in Valerie's consent to intercourse. The evidence of Livermore was that Valerie clearly consented. The evidence of Valerie was that, far from consenting, she resisted and repeatedly said "no". Tasha's testimony corroborated Valerie's testimony in this regard. The question to be answered is whether there was evidence adduced which would nonetheless lend an air of reality to the creation in the accused's mind of an honest belief that Valerie was consenting notwithstanding the fact that their testimony on the central issue of consent was so diametrically opposed. In other words, was there a realistic evidentiary basis, upon which the jury could conclude that what really happened was a third version, that is, lack of consent but honest mistake by Livermore that it had been given. In my view, there was none.

En l'espèce, l'accusé a témoigné qu'il croyait que Valerie consentait, contrairement au témoignage de celle-ci qu'elle avait résisté tout au long des rapports sexuels. L'élément d'erreur est établi. Cependant, il n'y a pas de preuve qui rende vraisemblable l'affirmation de l'accusé qu'il croyait sincèrement que Valerie consentait aux rapports sexuels. Le témoignage de Livermore était que Valerie avait clairement consenti. Par contre, dans son témoignage, Valerie a dit que, loin d'avoir consenti, elle avait résisté et avait répété «non» à maintes reprises. Le témoignage de Tasha corroborait celui de Valerie sur ce point. Il s'agit de déterminer si l'on a présenté une preuve selon laquelle il serait néanmoins vraisemblable que l'accusé ait pu croire sincèrement au consentement de Valerie, même si leur témoignage respectif était si diamétralement opposé sur la question primordiale du consentement. En d'autres termes, existait-il un élément de preuve vraisemblable, permettant au jury de conclure à l'existence d'une troisième version, c'est-à-dire qu'il y avait absence de consentement mais que Livermore avait sincèrement mais erronément cru à l'existence de ce consentement. À mon avis, il n'en existait pas.

The accused's bare assertion that he "believed" that the complainant consented must be supported by something in the circumstances that suggests that he may honestly have held such a belief: *Pappajohn*, *supra*. Otherwise, the goal of screening out the spurious defence based on nothing but the accused's facile assertion of belief will be thwarted. Examples of such circumstances are well documented in the jurisprudence. For example, sexually aggressive conduct by the complainant, a previous relationship of intimacy coupled with no reason to suspect a change of heart, and the case of the known prostitute are frequently cited as examples of situations in which an honest mistake may be made as to consent. Similarly, as noted in *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, independent evidence, particularly real evidence, may lend an air of reality to the defence: at pp. 851-52 *per* L'Heureux-Dubé J. If there is no evidence permitting an inference that the accused honestly believed in consent, then the accused in assuming consent must be taken to have closed his eyes to whether there was real consent, i.e., he must have been wilfully blind or reckless as to whether there was consent. In such a case, the required air of reality on the element of the honesty of the accused's belief will be lacking.

I agree with Abella J.A. that evidence of being out late, drinking beer and switching seats in a car is incapable of providing a foundation for an honest belief in consent to sexual intercourse. Such conduct, being equally consistent with non-consent as with consent, lacks any probative value on the issue. A man who assumes that equivocal acts such as these amount to consent to intercourse is assuming consent not on the basis of the circumstances, but as a result of recklessness or wilful blindness. The fact that the girls had an opportunity to leave the car before there was any indication that the accused had sexual intercourse in mind does not give rise to an inference of consent. The fact that Valerie did not scream although the car windows were open does not lend an air of reality to the defence: the two men were twice Valerie's age.

La simple affirmation par l'accusé qu'il «croyait» au consentement de la plaignante doit être étayée par quelque chose dans les circonstances qui laisse croire qu'il pouvait sincèrement avoir cette croyance: *Pappajohn*, précité. Sinon, on va à l'encontre de l'objectif d'écartier la défense fallacieuse qui ne serait fondée que sur l'affirmation creuse d'une croyance par l'accusé. La jurisprudence regorge d'exemples de telles circonstances. Ainsi, le cas d'une conduite sexuellement agressive par la plaignante, celui où il y a eu antérieurement des rapports intimes et où l'on n'a aucun motif de soupçonner un changement d'attitude et celui de la prostituée notoire sont des exemples souvent cités de situations où il pourrait y avoir une croyance sincère au consentement. De même, comme notre Cour l'a fait remarquer dans *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, une preuve indépendante, tout particulièrement une preuve matérielle, peut rendre la défense vraisemblable: le juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 851 et 852. S'il n'existe pas de preuve permettant d'inférer qu'il croyait sincèrement au consentement, on doit conclure que l'accusé ne s'est pas préoccupé de savoir s'il existait un consentement véritable lorsqu'il en a présumé l'existence, c'est-à-dire qu'il doit avoir fait preuve d'ignorance volontaire ou d'insouciance relativement à l'existence du consentement. Dans un tel cas, l'élément de sincérité de la croyance de l'accusé n'aura pas la vraisemblance requise.

Je conviens avec le juge Abella que la preuve qu'une personne sort à des heures tardives, boit de la bière et change de place dans une voiture ne permet pas d'établir le fondement d'une croyance sincère au consentement à des rapports sexuels. Une telle conduite, que l'on peut tout autant associer au consentement qu'à l'absence de consentement, n'a aucune valeur probante sur la question en litige. Un homme qui suppose que des actes équivoques comme ceux-là constituent un consentement aux rapports sexuels fonde l'existence de ce consentement non pas sur les circonstances, mais sur son insouciance ou son ignorance volontaire. Même si les jeunes filles ont eu l'occasion de sortir de la voiture avant que l'accusé ait manifesté son intention d'avoir des rapports sexuels, on ne peut en inférer le consentement. Le fait que Valerie n'a pas

The fact that the accused hugged Valerie when she left the car (whether initiated by her or not), the fact that he gave Tasha a slip of paper with his name and phone number on it, the fact that Valerie and Tasha did not flee when finally they returned to Tasha's apartment, are relevant to Valerie's credibility as a witness. However, even if believed, they are insufficient to lend an air of reality to an honest belief in consent.

crié, même si les fenêtres étaient ouvertes, ne rend pas la défense vraisemblable: les deux hommes étaient deux fois plus âgés que Valerie. Le fait que l'accusé a serré Valerie dans ses bras lorsqu'elle est sortie de la voiture (qu'elle en ait été ou non l'instigatrice), le fait qu'il a remis à Tasha un morceau de papier portant son nom et son numéro de téléphone et le fait que Valerie et Tasha ne se sont pas enfuies dès qu'elles sont finalement arrivées à l'appartement de Tasha sont des éléments pertinents relativement à la crédibilité de Valerie comme témoin. Cependant, même si l'on y ajoutait foi, ces faits ne suffisent pas à rendre vraisemblable une croyance honnête au consentement.

22 To put it in the language of Galligan J.A., for the majority, the case was one of consent or no consent. There was nothing in the evidence which supported a third version that Valerie had not consented but that Livermore honestly believed that she had. We are therefore left with his bare assertion of belief. On the jurisprudence of this Court, this is insufficient to lend an air of reality to the defence of honest but mistaken belief. I conclude that the trial judge erred in putting the defence of honest but mistaken belief to the jury.

Pour reprendre les termes du juge Galligan, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, le litige porte sur le consentement ou le non-consentement. La preuve n'appuie aucunement l'existence d'une troisième version, soit que Valerie n'aurait pas consenti, mais que Livermore aurait sincèrement cru à ce consentement. Il n'existe donc que sa simple affirmation de croyance. Selon la jurisprudence de notre Cour, cela ne suffit pas à rendre vraisemblable la défense de croyance sincère mais erronée. Je conclus que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a soumis cette défense au jury.

23 It remains to consider whether a new trial should be ordered notwithstanding the acquittal at trial. The test for setting aside an acquittal and directing a new trial was set out by Sopinka J. in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374:

Il reste à déterminer s'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, malgré l'acquittal prononcé en première instance. Le juge Sopinka a formulé le critère qu'il faut appliquer pour annuler un acquittement et ordonner la tenue d'un nouveau procès dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 374:

An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it.

Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influencer sur le résultat.

24 In this case, we have no way of knowing whether the jury acquitted because it had a reasonable doubt about whether Valerie consented, or whether it acquitted on the basis of a defence which should not have been left with it. The cumulative effect of the numerous errors in this case is

En l'espèce, nous n'avons aucun moyen de savoir si le jury a rendu un verdict d'acquittal parce qu'il avait un doute raisonnable quant au consentement de Valerie ou parce qu'il s'est fondé sur une défense qui n'aurait pas dû lui être soumise. L'effet cumulatif des nombreuses erreurs

such that the *Morin* test is made out. Absent the significant errors at trial, a reasonable jury properly charged may well have reached a different verdict. I would allow the appeal, set aside the acquittal and direct a new trial.

The reasons of La Forest and Gonthier JJ. were delivered by

LA FOREST J. — I agree with the reasons of Abella J.A., the dissenting judge in the Court of Appeal ((1994), 18 O.R. (3d) 221), and would on that basis allow the appeal and order a new trial. The defence of honest but mistaken belief did not form part of the dissent, and this appeal being as of right, that issue is not before us.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — For the reasons of Abella J.A., dissenting in the Court of Appeal ((1994), 18 O.R. (3d) 221), I would allow the appeal and order a new trial.

As regards the defence of honest but mistaken belief, that issue is not before us since it was unanimously held by the Court of Appeal that “this case was one of consent or no consent and there was no air of reality to a defence of honest but mistaken belief in consent” (p. 232). This appeal is an appeal as of right based on the dissent of Abella J.A. in the Court of Appeal on the sole questions raised in that dissent, no leave to appeal having been granted on that issue.

In any event, with respect to that defence, I refer to my reasons for the majority of the Court in *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836.

Finally, I cannot but express my strong disagreement with my colleague Justice Major's positions on both issues considered, namely the Crown's

commises en l'espèce est tel qu'il a été satisfait au critère formulé dans *Morin*. N'eussent été les erreurs importantes commises au procès, un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées aurait bien pu arriver à un verdict différent. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'acquiescement et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges La Forest et Gonthier rendus par

LE JUGE LA FOREST — Je suis d'accord avec les motifs de dissidence du juge Abella de la Cour d'appel ((1994), 18 O.R. (3d) 221) et, en conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. La question de la défense de croyance sincère mais erronée n'était pas incluse dans la dissidence et, puisque le présent pourvoi est formé de plein droit, nous ne sommes donc pas saisis de cette question.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Pour les motifs de madame le juge Abella de la Cour d'appel, dissidente ((1994), 18 O.R. (3d) 221), j'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

Nous ne sommes pas saisis de la question de la défense de croyance sincère mais erronée puisque la Cour d'appel a été unanime à conclure qu'il s'agissait [TRADUCTION] «d'un cas de consentement ou de non-consentement et qu'il n'y avait aucune vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement» (p. 232). Le présent pourvoi, formé de plein droit, est fondé sur la dissidence de madame le juge Abella de la Cour d'appel sur les seuls points soulevés dans cette dissidence, aucune autorisation de pourvoi n'ayant été accordée sur cette question.

À tout événement, en ce qui concerne cette défense, je m'en remets à mes motifs dans *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836.

Finalement, je ne puis m'empêcher d'exprimer mon entier désaccord avec les positions adoptées par mon collègue le juge Major sur les deux ques-

25

26

27

28

29

right of appeal as a matter of law, a point not discussed before us, and on the facts of this case as well as his analysis of the alleged errors committed by the trial judge.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I agree with Justice McLachlin for the reasons that she gives that a new trial should be ordered by reason of the first three errors found by the Court of Appeal ((1994), 18 O.R. (3d) 221). However, I agree with Justice L'Heureux-Dubé that the issue of honest but mistaken belief is not before us.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. (dissenting) —

I. Introduction

The appellant is appealing an acquittal following a trial by judge and jury. In order to succeed the appellant must satisfy the court to a reasonable certainty that the verdict would not necessarily have been the same had the jury been properly instructed. In my opinion the appellant has failed to do so.

II. Statutory Provisions

Section 686(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, sets out the Crown's right of appeal from a verdict of acquittal:

686. . . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

- (a) dismiss the appeal; or
- (b) allow the appeal, set aside the verdict and
 - (i) order a new trial, or
 - (ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for

tions examinées, soit le droit d'appel du ministère public en tant que question de droit, un point qui n'a pas été débattu devant nous, et les faits de l'affaire, ainsi qu'avec son analyse des erreurs qu'aurait commises le juge du procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — Pour les motifs donnés par le juge McLachlin, je souscris à son opinion selon laquelle il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès compte tenu des trois premières erreurs constatées par la Cour d'appel ((1994), 18 O.R. (3d) 221). Cependant, je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que nous ne somme pas saisis en l'espèce de la question de la croyance sincère mais erronée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) —

I. Introduction

L'appelante se pourvoit contre le verdict d'acquiescement prononcé à l'issue d'un procès devant juge et jury. Pour avoir gain de cause, l'appelante doit convaincre la Cour avec un degré raisonnable de certitude que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées. À mon avis, l'appelante n'y est pas parvenue.

II. Dispositions législatives

Le paragraphe 686(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, établit le droit du ministère public d'en appeler d'un verdict d'acquiescement:

686. . . .

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquiescement, la cour d'appel peut:

- a) rejeter l'appel;
- b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:
 - (i) ordonner un nouveau procès,
 - (ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable,

the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

This provision is different from the rights of an accused person appealing a conviction. Section 686(1) sets out the powers of the Court of Appeal on appeals from conviction:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

Where an accused appeals from a conviction at trial, the onus is on him or her to establish that errors were made on the grounds laid out in s. 686(1)(a)(i), (ii) or (iii). Once the accused has discharged this burden, the Court of Appeal must allow the appeal unless the Crown can satisfy it, pursuant to s. 686(1)(b)(iii), that notwithstanding those errors there was no substantial wrong or miscarriage of justice.

However, when the verdict at trial is an acquittal, the Crown appellant, unlike an accused, does not benefit from the *prima facie* assumption that an error warrants a new trial. The onus is on the

et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

L'accusé qui interjette appel d'un verdict de culpabilité a des droits différents. Le paragraphe 686(1) établit les pouvoirs de la cour d'appel quant aux appels interjetés d'une déclaration de culpabilité:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

Lorsqu'un accusé interjette appel du verdict de culpabilité prononcé au procès, il a la charge d'établir que des erreurs ont été commises selon les motifs énoncés aux al. 686(1)a)(i), (ii) et (iii). Si l'accusé y parvient, la cour d'appel doit accueillir l'appel à moins que le ministère public ne puisse la convaincre que, selon l'al. 686(1)b)(iii), nonobstant ces erreurs, aucun tort important n'a été causé ou aucune erreur judiciaire grave n'a été commise.

Toutefois, lorsqu'un acquittement est prononcé au procès, le ministère public appellant, au contraire de l'accusé, ne bénéficie pas de la présomption *prima facie* qu'une erreur commande un nou-

33

34

35

Crown from the outset to establish that the errors complained of materially affected the verdict, such that a new trial is justified.

III. Historical Overview

36 At common law, there was no appeal from a verdict of acquittal. It remains the case in England that the Crown has no right of appeal from an acquittal, although the Attorney General has the right to refer any point of law that arose in the case to the Court of Appeal for their opinion: *Criminal Justice Act 1972* (U.K.), 1972, c. 71, s. 36. The reference does not affect the acquittal.

37 It was not until 1923 that the *Criminal Code* of Canada provided for appeals in criminal cases: S.C. 1923, c. 41, s. 9. At that time, only convictions could be appealed. Section 1014(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146, provided that the Court of Appeal could allow the appeal and either quash the conviction and enter a verdict of acquittal, or order a new trial. Section 1014(2) of the *Criminal Code* provided that the court could dismiss the appeal, notwithstanding any errors at trial, if no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred.

38 It was not until 1930 that the Attorney General was provided with a right of appeal from acquittal by virtue of s. 1013(4) and (5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, amended S.C. 1930, c. 11, s. 28, which provided:

1013. . . .

(4) Notwithstanding anything in this Act contained, the Attorney General shall have the right to appeal to the court of appeal against any judgment or verdict of acquittal of a trial court in respect of an indictable offence on any ground of appeal which involves a question of law alone.

(5) The procedure upon such an appeal and the powers of the court of appeal, including the power to grant a new trial, shall *mutatis mutandis* and so far as the same are applicable to appeals upon a question of law alone,

veau procès. Le ministère public a la charge dès le début d'établir que les erreurs dont il se plaint ont influé sur le verdict d'une manière si importante que cela justifie un nouveau procès.

III. Aperçu historique

En common law, il n'y avait pas d'appel d'un verdict d'acquiescement. C'est toujours le cas en Angleterre, où le ministère public n'a pas le droit d'interjeter appel d'un acquiescement, bien que le procureur général ait le droit de demander à la cour d'appel de se prononcer sur toute question de droit soulevée par une affaire: *Criminal Justice Act 1972* (R.-U.), 1972, ch. 71, art. 36. Ce renvoi à la cour d'appel ne touche pas l'acquiescement.

Ce n'est qu'en 1923 que le *Code criminel* du Canada a prévu l'appel en matière criminelle: S.C. 1923, ch. 41, art. 9. À l'époque, seules les déclarations de culpabilité pouvaient faire l'objet d'un appel. Le paragraphe 1014(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1906, ch. 146, prévoyait que la cour d'appel pouvait accueillir l'appel et, soit annuler la déclaration de culpabilité et inscrire un verdict d'acquiescement, soit ordonner la tenue d'un nouveau procès. Le paragraphe 1014(2) du *Code criminel* prévoyait que la cour pouvait rejeter l'appel, nonobstant toute erreur au procès, si aucun tort important n'avait été causé ou aucune erreur judiciaire commise.

Ce n'est qu'en 1930 que le procureur général a obtenu le droit d'interjeter appel d'un acquiescement en vertu des par. 1013(4) et (5) du *Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, modifié par S.C. 1930, ch. 11, art. 28, qui prescrivait:

1013. . . .

(4) Par dérogation aux dispositions contenues dans la présente loi, le procureur général a le droit d'interjeter appel à la cour d'appel de tout jugement ou verdict d'acquiescement d'une cour de première instance à l'égard d'un acte criminel sur tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement.

(5) La procédure relative à cet appel et les pouvoirs de la cour d'appel, y compris le pouvoir d'accorder un nouveau procès, sont semblables *mutatis mutandis* et, autant qu'ils sont applicables aux appels sur une ques-

be similar to the procedure prescribed and the powers given by sections one thousand and twelve to one thousand and twenty-one of this Act, inclusive, and the Rules of Court passed pursuant thereto, and to section five hundred and seventy-six of this Act.

The Attorney General was thereby granted the same rights of appeal as an accused. Appellate courts, however, held that the Crown was not entitled to the *prima facie* assumption that an error at trial warranted allowing the appeal unless there had been no miscarriage of justice: *R. v. Curlett* (1936), 66 C.C.C. 256 (Alta. C.A.), *R. v. Bourgeois* (1937), 69 C.C.C. 120 (Sask. C.A.).

In *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268, and *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658, the Supreme Court of Canada concluded that the Crown could invoke the curative provision of s. 1014(2) in the same way as an accused appealing a conviction. In *White* the Court stated the test for an appeal by the Crown, at p. 276:

... the proper rule to be followed by the Court of Appeal was that the onus was on the Crown to satisfy the Court that the verdict would not necessarily have been the same if the magistrate had properly directed himself.

The 1954 revision of the *Criminal Code* set out the current provisions regarding appeals from acquittal by the Attorney General. The explicit reference that the Crown would have the same rights as the accused on an appeal, *mutatis mutandis*, was removed. In subsequent cases appellate courts generally maintained that it was the Crown's onus to establish that, not only had error or misdirection occurred, but the verdict was affected: *R. v. Savoie* (1956), 117 C.C.C. 327 (N.B.C.A.); *R. v. Forgeron* (1958), 121 C.C.C. 310 (N.S.S.C.); *R. v. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154 (Ont. C.A.).

The Supreme Court of Canada confirmed this view in *Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277. Martland J. held that the sections of the *Code* deal-

tion de droit seulement, à la procédure prescrite et aux pouvoirs conférés par les articles mille douze à mille vingt et un de la présente loi, les deux compris, et les règles de cour établies sous le régime desdits articles, et par l'article cinq cent soixante-seize de la présente loi.

Ces dispositions conféraient au procureur général des droits d'appel identiques à ceux de l'accusé. Les cours d'appel ont cependant statué que le ministère public n'avait pas droit à la présomption *prima facie* selon laquelle une erreur commise au procès commandait que l'appel soit accueilli à moins qu'il n'y ait pas eu d'erreur judiciaire: *R. c. Curlett* (1936), 66 C.C.C. 256 (C.A. Alb.), *R. c. Bourgeois* (1937), 69 C.C.C. 120 (C.A. Sask.).

Dans *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268 et *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658, la Cour suprême du Canada a conclu que le ministère public pouvait avoir recours à la disposition réparatrice du par. 1014(2) de la même façon que l'accusé qui interjette appel d'un verdict de culpabilité. Dans *White*, à la p. 276, la Cour a énoncé le critère qui s'appliquait à un appel interjeté par le ministère public:

[TRADUCTION] ... la règle que la cour d'appel se devait de suivre était celle selon laquelle le ministère public avait la charge de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge s'était bien dirigé en droit.

Les dispositions actuelles du *Code criminel* concernant les appels interjetés par le ministère public contre un acquittement sont apparues dans la révision de 1954. L'octroi explicite au ministère public de droits identiques, *mutatis mutandis*, à ceux de l'accusé a été retiré. Dans les arrêts qu'elles ont rendus par la suite, les cours d'appel ont généralement maintenu qu'il incombait au ministère public d'établir que, non seulement il y a eu erreur ou directive erronée, mais que cela a influé sur le verdict: *R. c. Savoie* (1956), 117 C.C.C. 327 (C.A.N.-B.); *R. c. Forgeron* (1958), 121 C.C.C. 310 (C.S.N.-É.); *R. c. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154 (C.A. Ont.).

La Cour suprême du Canada a confirmé ce point de vue dans *Vézéau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. Le juge Martland a statué que les articles du

39

40

41

42

ing with appeals by the Crown did not contain any provision equivalent to s. 613(1)(b)(iii) (now s. 686(1)(b)(iii)). Martland J. observed that the provisions of the *Criminal Code* had changed since *White* and *Cullen*, but concluded that the onus on the Crown remained the same (at p. 292):

In the present case, therefore, it was the duty of the Crown, in order to obtain a new trial, to satisfy the Court that the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had properly directed the jury.

43

In more recent years, this Court has emphasized that the onus on the Crown is a heavy one. In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, Sopinka J. stated (at p. 374):

The onus resting on the Crown when it appeals an acquittal was settled in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277. It is the duty of the Crown to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed.

I am prepared to accept that the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty. An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it. Any more stringent test would require an appellate court to predict with certainty what happened in the jury room. That it cannot do. [Emphasis added.]

44

In *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629, the Court reiterated that the onus on the Crown is a heavy one, and the Crown must satisfy the court "with a reasonable degree of certainty" (p. 645) that the verdict would not necessarily have been the same had the error not occurred. Cory J. noted Canada's generally liberal approach to Crown appeals in contrast to other jurisdictions (at pp. 645-46):

In setting the standard for reversal, it is worth observing that, among the major English-speaking common-

Code se rapportant aux appels interjetés par le ministère public ne comportaient aucune disposition équivalente à l'al. 613(1)(b)(iii) (maintenant l'al. 686(1)(b)(iii)). Le juge Martland a fait observer que les dispositions du *Code criminel* avaient changé depuis les arrêts *White* et *Cullen*, mais que l'étendue de la charge qui incombe au ministère public était restée la même (à la p. 292):

Dans la présente affaire, par conséquent, il incombait au ministère public, pour obtenir un nouveau procès, de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès avait correctement donné ses directives au jury.

Plus récemment, notre Cour a fait ressortir que la charge du ministère public est lourde. Dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, le juge Sopinka a affirmé (à la p. 374):

L'étendue de la charge qui incombe à la poursuite quand elle en appelle d'un acquittement a été établie dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. La poursuite a l'obligation de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées.

Je reconnais volontiers que cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude. Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influencer sur le résultat. Tout critère plus strict exigerait qu'une cour d'appel prédise avec certitude ce qui s'est passé dans la salle de délibérations, ce qu'elle ne peut faire. [Je souligne.]

Dans *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629, la Cour a rappelé que la charge du ministère public est lourde et que ce dernier doit convaincre la cour «avec un degré raisonnable de certitude» (p. 645) que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si l'erreur n'avait pas été commise. Le juge Cory a signalé la démarche généralement souple adoptée par le Canada sur la question des appels interjetés par le ministère public, comparativement à celle d'autres ressorts (aux pp. 645 et 646):

Lorsqu'il s'agit d'établir les critères applicables à l'inversion de la charge, il convient de signaler que,

law jurisdictions, Canada appears to possess the most liberal provisions for Crown appeals. In some jurisdictions, particularly in the United States, the prosecution is limited to interlocutory appeals from unfavourable rulings made before a verdict is reached. Other jurisdictions permit prosecution appeals in limited circumstances such as where the information is quashed; where the trial is held to be a nullity or where a directed verdict of acquittal is entered

Among appellate courts there has always been a great deal of healthy respect for and deference to a jury verdict of acquittal. This deferential approach is appropriate and correct. The special significance of a verdict of acquittal by a jury has also been recognized by this Court in *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74. There on behalf of the majority it was said at p. 83:

The verdict of the jury constitutes, in a very real way, the verdict of the community. Trial by jury in criminal cases is a process that functions exceedingly well and constitutes a fundamentally important aspect of our democratic society. It is not members of the judiciary, but rather the members of the jury, sitting as members of the community, who make the decision as to guilt or innocence which is so vitally important both to the individual accused and the community.

It follows that only if there was a significant error made by the trial judge in the course of the charge should the jury's verdict of acquittal be set aside. [Emphasis added by Cory J.]

The onus on the Crown to overturn an acquittal as stated is a heavy or substantial one. The Crown must demonstrate, with a reasonable degree of certainty, that the verdict would not necessarily have been the same had the jury been properly instructed. Unlike an accused person appealing a conviction, the Crown does not benefit from the *prima facie* assumption that any error warrants a new trial.

IV. Analysis

It has been common ground throughout this appeal that there were errors in the trial judge's

parmi les principaux ressorts de common law de langue anglaise, le Canada semble avoir adopté les dispositions les plus généreuses en ce qui concerne les pourvois du ministère public. Dans certains ressorts, aux États-Unis par exemple, la poursuite ne peut interjeter qu'un appel interlocutoire à l'égard d'une décision défavorable rendue avant que le verdict ne soit prononcé. D'autres pays autorisent la poursuite à en appeler dans certains cas précis comme lorsque la dénonciation est annulée, que le procès est jugé nul ou qu'un verdict imposé d'acquiescement est inscrit

Les cours d'appel ont toujours manifesté un respect salutaire à l'égard du verdict d'acquiescement prononcé par un jury. Cette attitude respectueuse est à la fois juste et opportune. Le statut particulier du verdict d'acquiescement prononcé par un jury a également été reconnu dans *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74. Voici un extrait du jugement de la majorité à ce sujet (à la p. 83):

Le verdict du jury constitue, d'une manière très réelle, le verdict de la collectivité. Le procès par jury dans les affaires pénales est un processus qui fonctionne extrêmement bien et constitue un aspect fondamentalement important de notre société démocratique. Ce ne sont pas les juges mais plutôt les membres du jury, siégeant à titre de membres de la collectivité, qui tranchent la question de la culpabilité ou de l'innocence, une décision d'importance vitale pour l'accusé et la collectivité.

Il en résulte que le verdict d'acquiescement du jury ne peut être annulé que si une erreur importante a été commise par le juge du procès dans son exposé. [Souligné par le juge Cory.]

Le ministère public a donc une charge lourde et imposante lorsqu'il s'agit de faire renverser un acquiescement. Il doit démontrer, avec un degré raisonnable de certitude, que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées. Contrairement à l'accusé qui interjette appel d'une déclaration de culpabilité, le ministère public ne bénéficie pas de la présomption *prima facie* selon laquelle toute erreur commande un nouveau procès.

IV. Analyse

Tout au long du présent pourvoi, les parties ont convenu que le juge du procès a commis des

charge to the jury. The appellant described the following:

1. Incorrectly summarizing the evidence of the complainant Valerie regarding her statements to the accused.
2. Failing to properly address the jury's request to rehear the above-mentioned evidence.
3. Improperly characterizing medical evidence as lacking relevance.
4. Failing to instruct the jury on the limited use of prior inconsistent statements at trial.
5. Putting the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury.

It is necessary to consider each of these.

A. *Incorrect Summary of Evidence*

47 The trial judge incorrectly stated that Valerie's evidence was that she did not come out and say "no" exactly. However, this error did not have the effect of changing the outcome of the trial. Immediately after stating that he did not believe the complainant to have testified that she said "no", the trial judge admitted that he might be mistaken about that. The trial judge told the jury that it was their recollection of the evidence, and not his, which was important. The trial judge quoted counsel for the Crown as using the phrase "no means no" during her address to the jury.

48 In addition, the question of the jury regarding the evidence indicates that the jury understood the complainant's evidence to be that she said no. The question was:

The jury would like to hear evidence repeated with respect to the witness Valerie . . . answering to both the Crown and the defence questioning about when Valerie said, no, to Carson Livermore. Further, can we also hear Valerie's comments of, no, during the preliminary hearing?

erreurs dans ses directives au jury. L'appelante fait état des points suivants:

1. Résumé inexact du témoignage de la plaignante Valerie au sujet de ce qu'elle aurait dit à l'accusé.
2. Réponse inadéquate à la demande du jury de réentendre le témoignage mentionné ci-dessus.
3. Qualification erronée de la preuve médicale comme étant peu pertinente.
4. Omission de donner des directives au jury quant à l'utilisation limitée des déclarations antérieures incompatibles.
5. Présentation à l'appréciation du jury de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

Il est nécessaire d'examiner chacun de ces points.

A. *Le résumé inexact du témoignage*

Le juge du procès a eu tort d'affirmer qu'il fallait conclure du témoignage de Valerie qu'elle n'avait pas précisément dit un «non» ferme. Toutefois, cette erreur n'a pas eu pour effet de changer l'issue du procès. Juste après avoir affirmé qu'il ne croyait pas que la plaignante avait affirmé dans son témoignage avoir dit «non», le juge du procès a admis qu'il se trompait peut-être sur ce point. Il a dit aux jurés que c'était leur souvenir du témoignage, et non le sien, qui importait. Il a cité le substitut du procureur général comme ayant dit [TRADUCTION] «non veut dire non» lors de son exposé au jury.

De plus, la question du jury au sujet du témoignage indique qu'il avait compris du témoignage de la plaignante qu'elle avait dit non. Cette question était formulée comme suit:

[TRADUCTION] Le jury aimerait réentendre la partie du témoignage de Valerie [...] lorsqu'elle a répondu au ministère public et à l'avocat de la défense qui lui demandaient quand elle avait dit «non» à Carson Livermore. Pourrions-nous aussi entendre les commentaires que Valerie a faits lors de l'enquête préliminaire relativement à son refus?

It appears that the jury understood Valerie to have said “no” notwithstanding the incorrect summary by the trial judge, and wanted to hear the evidence again. They were not misled by the judge’s error in the inaccurate summary of the evidence on that point.

B. *Failure to Replay Evidence for the Jury*

The appellant has argued that the trial judge erred in denying the jury’s request to have the complainant’s evidence replayed, and that this error, combined with the trial judge’s mistake in summarizing the same evidence, would have made another outcome reasonably certain. The appellant submits that the trial judge did not give the jury a “full, careful and correct response” as required by *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, at p. 139, although that case is of doubtful value to this appeal, as there the problem was confusion over the trial judge’s instructions. In this case we are dealing with a request to rehear the complainant’s evidence.

Any request for instruction or assistance from a jury must be treated carefully. However, in the case where a jury wishes to have evidence read or played again, problems can arise, especially in procedural fairness. In *R. v. Wydryk* (1971), 5 C.C.C. (2d) 473, it was noted that “when some particular area of a witness’ evidence is read at a jury’s request, it is incumbent upon the trial Judge to see that all the evidence pertaining to that area is included — else an unfair and biased result might appear” (p. 480). This was the problem faced by the trial judge.

R. v. Ostrowski, [1990] 2 S.C.R. 82, is notable on this point. In that case a jury requested transcripts, particularly those of seven witnesses. The trial judge asked the jury to attempt to use their collective recollection to solve the problem and to return if they needed further assistance. The jury did not make such a request, but returned with a verdict. Cory J. held that no error had been committed by the trial judge, as he had not closed the

Il ressort que le jury a conclu que Valerie a dit «non», en dépit du résumé incorrect fait par le juge du procès, et qu’il voulait réentendre le témoignage. Il n’a pas été induit en erreur par le résumé inexact du témoignage présenté par le juge sur ce point.

B. *Le défaut de faire réentendre le témoignage au jury*

L’appelante allègue que le juge du procès a commis une erreur en rejetant la demande du jury de réentendre le témoignage de la plaignante, et que cette erreur, conjuguée au résumé erroné de ce même témoignage présenté par le juge, rendait une autre issue au procès raisonnablement certaine. L’appelante soutient que le juge du procès n’a pas donné au jury une «réponse soignée et correcte», comme l’exige l’arrêt *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, à la p. 139, bien que l’on puisse mettre en doute l’utilité de cet arrêt pour le présent pourvoi, étant donné qu’il portait sur la confusion quant aux directives données par le juge. En l’espèce, il s’agit d’une demande pour réentendre le témoignage de la plaignante.

Il faut répondre avec soin à toute demande de directives ou d’aide présentée par un jury. Toutefois, une demande du jury que la preuve soit lue ou entendue à nouveau peut soulever des problèmes, particulièrement eu égard à l’équité procédurale. Dans *R. c. Wydryk* (1971), 5 C.C.C. (2d) 473, on a fait remarquer que [TRADUCTION] «lorsqu’une partie du témoignage d’un témoin est lue à la demande d’un jury, il incombe au juge du procès de s’assurer que toute la preuve se rapportant à cet aspect est incluse — sinon on peut aboutir à un résultat inéquitable ou biaisé» (p. 480). C’est le problème auquel se heurtait le juge du procès.

L’arrêt *R. c. Ostrowski*, [1990] 2 R.C.S. 82, est à relever sur ce point. Dans cette affaire, le jury demandait les transcriptions, celles de sept témoins en particulier. Le juge du procès a demandé aux jurés de tenter de résoudre le problème à partir de ce dont ils pouvaient se souvenir ensemble, et de s’adresser à nouveau à lui s’ils avaient besoin d’aide. Le jury n’a pas présenté d’autre demande, et il a rendu un verdict. Le juge Cory a conclu que

49

50

51

door on the request (at p. 83). Similarly, the door was not closed in the instant case. The jury was not advised that they could not obtain assistance, but that they should make a further attempt on their own and that if this attempt failed, assistance would be forthcoming.

52

I am not convinced that the trial judge erred in his handling of the request. He advised the jury of several problems involving their request, including practical problems with finding the evidence in question, and fairness concerns which would have necessitated replaying the respondent's evidence as well. He then asked the jury to attempt to use their collective recollection of the evidence to either satisfy themselves of the answer or at least narrow the question. He told the jury that if they were unsuccessful in this the court would do its best to accommodate them. In my opinion he did not discourage the jury from returning with a new request; rather, he indicated a willingness to accommodate the jury if they would first make a further attempt to solve the problem without replaying the evidence. The jury seems to have been satisfied and returned with a verdict within 40 minutes.

C. Incorrect Characterization of Medical Evidence

53

The third error alleged by the appellant is that the trial judge improperly characterized the medical evidence in the case. The trial judge stated that the medical evidence would be particularly relevant if the accused had denied that intercourse took place, which he had not. The appellant submits that this implied that the evidence had no other particular relevance, when in fact it had relevance on the issue of consent. This would have been true had the trial judge said nothing else. However, the trial judge also said,

But, the Crown would ask you to consider this evidence as an indication of the force which must have been used to have caused the bruising which the doctor described. Again, this is a fact which you will have to consider. [Emphasis added.]

le juge du procès n'avait commis aucune erreur parce qu'il n'avait pas fermé la porte à la demande (à la p. 83). La porte n'était pas non plus fermée en l'espèce. Les jurés n'ont pas reçu comme réponse qu'ils ne pouvaient pas obtenir d'aide, mais qu'ils devaient faire encore un effort par eux-mêmes, et que si cela se révélait infructueux, ils recevraient de l'aide.

Je ne suis pas convaincu que le juge du procès a commis une erreur dans sa réponse à la demande. Il a informé le jury des divers problèmes que soulevait sa demande, entre autres les problèmes pratiques de retracer le témoignage en cause, et l'aspect équité qui aurait nécessité de faire réentendre aussi le témoignage de l'intimé. Il a alors demandé aux jurés de tenter de se remémorer ensemble le témoignage pour, soit trouver la réponse à leur question, soit, à tout le moins, la préciser. Il leur a dit que, si leur effort était infructueux, la cour ferait de son mieux pour accéder à leur demande. À mon avis, il n'a pas dissuadé le jury de faire une nouvelle demande, mais il a plutôt indiqué sa volonté de se rendre à sa demande si ses membres faisaient d'abord une autre tentative pour résoudre le problème sans réentendre le témoignage. Le jury semble avoir été satisfait de cela et est parvenu à un verdict en 40 minutes.

C. La qualification erronée de la preuve médicale

La troisième erreur alléguée par l'appelante aurait été commise par le juge du procès lorsqu'il a mal qualifié la preuve médicale en l'espèce. Le juge a affirmé que la preuve médicale serait particulièrement pertinente si l'accusé avait nié que des rapports sexuels aient eu lieu, ce qu'il n'a pas fait. L'appelante soutient que cela donnait à entendre que la preuve n'avait pas d'autre pertinence particulière, alors que, en fait, elle était pertinente quant à la question du consentement. Cette affirmation aurait été vraie si le juge du procès n'avait rien dit d'autre. Toutefois, il a aussi dit:

[TRADUCTION] Mais le ministère public vous demande de considérer cette preuve comme une indication de la force qui a dû être utilisée pour causer les meurtrissures que le médecin a décrites. Je le répète, il s'agit d'un fait que vous devrez prendre en considération. [Je souligne.]

I agree with Galligan J.A. that the judge did not remove the evidence from the jury's consideration on the issue of consent.

D. Failure to Instruct the Jury on Prior Inconsistent Statements

The failure of the trial judge to inform the jury that prior inconsistent statements which had not been adopted by the witnesses could be used only for assessing credibility was an error. However, in the context of this case the error was not serious. The following inconsistent statements were put to the complainant Valerie:

- (a) that she gave the respondent a hug
- (b) that the respondent and the co-accused Miller forced her to drink
- (c) that Miller told the respondent to get off her
- (d) that her pants were tight.

The following prior inconsistencies were put to Tasha:

- (a) an absence of prior reference to Valerie's hands being pinned
- (b) her statement that she hit the respondent's shoulder while he was assaulting the complainant
- (c) an absence of reference to nudging Miller with her elbow
- (d) that she did nothing while Miller touched her breast
- (e) that she never told Miller to stop
- (f) that Miller might only have been holding the car door open when they changed seats
- (g) her description of where Miller put his hands
- (h) that she had agreed to meet the two men the next night.

Tout comme le juge Galligan de la cour d'appel, j'estime que le juge n'a pas soustrait la preuve à l'examen du jury sur la question du consentement.

D. L'omission de donner des directives au jury sur la question des déclarations antérieures incompatibles

Le juge du procès a commis une erreur en omettant de dire au jury que les déclarations antérieures incompatibles qui n'avaient pas été confirmées par les témoins pouvaient être utilisées seulement quant à l'évaluation de la crédibilité. Toutefois, dans le contexte de l'espèce, l'erreur n'était pas grave. Les déclarations incompatibles suivantes ont été attribuées à la plaignante Valerie:

- a) qu'elle a étreint l'intimé
- b) que l'intimé et le coaccusé Miller l'ont forcée à boire
- c) que Miller a dit à l'intimé de la laisser tranquille
- d) que ses pantalons étaient serrés.

Les incompatibilités suivantes ont été attribuées à Tasha:

- a) le fait de ne pas avoir mentionné au départ que les mains de Valerie étaient immobilisées
- b) sa déclaration selon laquelle elle a frappé l'intimé à l'épaule pendant qu'il agressait la plaignante
- c) le fait de ne pas avoir mentionné qu'elle avait donné un coup de coude à Miller
- d) qu'elle n'a rien fait pendant que Miller touchait ses seins
- e) qu'elle n'a jamais dit à Miller de s'arrêter
- f) que Miller n'avait peut-être que tenu la portière de la voiture ouverte lorsqu'ils ont changé de sièges
- g) sa description des endroits où Miller a mis les mains
- h) qu'elle avait accepté de rencontrer les deux hommes le soir suivant.

55 It is clear from the questions asked by counsel for the respondent and the charge to the jury that the prior inconsistent statements were in fact used mainly to attack the credibility of the witnesses in question. The trial judge said:

Essentially the position of Mr. Levine on behalf of Mr. Livermore is that the evidence of Valerie . . . ought not to be accepted because of the material inconsistencies.

56 It is apparent that when the trial judge refers to the prior statements of Tasha and Valerie as constituting "if nothing else the foundation for an honest but mistaken belief in consent" he is referring to the position taken by Mr. Galluzzo, counsel for the co-accused, Miller, who was acquitted. This is not an instruction but a statement of the defence position of the co-accused. In fact, the prior inconsistent statements mainly refer to charges against Miller and would have had little bearing on the findings of fact by the jury regarding the respondent.

57 In addition, the inconsistent statements did not deal with the main issue of this trial, which was consent. If the jury had used the statements for the truth of their contents, the evidence regarding consent would have remained relatively untouched. The appellant submitted that Valerie's statement about giving the respondent a hug and Tasha's statement about getting the respondent's phone number are both related to the issue of consent. In my opinion the relationship of these two statements to the issue of consent is tenuous.

58 While failure to instruct a jury on the limited use of prior inconsistent statements is an error, and one which is sometimes fatal, in this case the inconsistent statements were before the jury to test credibility and not for any other purpose, such as the truth of their contents.

Il ressort clairement des questions posées par l'avocat de l'intimé et des directives données au jury que les déclarations antérieures incompatibles ont de fait été utilisées principalement pour mettre en doute la crédibilité des témoins en question. Le juge du procès a affirmé:

[TRADUCTION] Essentiellement, la position de M. Levine, pour le compte de M. Livermore, est que le témoignage de Valerie [. . .] ne devrait pas être accepté en raison des incompatibilités importantes.

Il est évident que, lorsque le juge du procès renvoie aux déclarations antérieures de Tasha et de Valerie comme constituant [TRADUCTION] «au moins le fondement d'une croyance sincère mais erronée au consentement», il renvoie à la position adoptée par M. Galluzzo, l'avocat du coaccusé Miller, qui a été acquitté. Il ne s'agit pas d'une directive, mais d'un énoncé de la position de la défense du coaccusé. En fait, les déclarations antérieures incompatibles se rapportent principalement aux accusations portées contre Miller et n'auraient eu que peu d'effet sur les conclusions de fait du jury à l'égard de l'intimé.

De plus, les déclarations incompatibles n'avaient pas trait à la principale question en litige au procès, soit celle du consentement. Si le jury avait utilisé les déclarations comme faisant foi de leur contenu, la preuve quant au consentement serait restée à peu près la même. L'appelante soutient que la déclaration de Valerie selon laquelle elle avait étreint l'intimé, et la déclaration de Tasha selon laquelle elle avait obtenu le numéro de téléphone de l'intimé étaient toutes deux liées à la question du consentement. À mon avis, le lien qui rattache ces deux déclarations à la question du consentement est ténu.

Bien que l'omission de donner des directives au jury quant à l'utilisation limitée de déclarations antérieures incompatibles soit une erreur, qui, en plus, est parfois fatale, en l'espèce, les déclarations incompatibles ont été soumises au jury pour évaluer la crédibilité, et pour aucune autre fin, par exemple pour établir la véracité de leur contenu.

E. *Placement of the Defence of Honest but Mistaken Belief Before the Jury*

The final error alleged by the appellant is that the trial judge put the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury. I agree with the majority in the Court of Appeal that the factors listed by the trial judge as supporting the respondent's assertion of honest belief in consent do not provide an "air of reality" as required for the defence by *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836. Placement of a defence which is unavailable to an accused before a jury can be a serious error, as the jury may decide the case based on the incorrect defence.

Notwithstanding the potential for serious error when an incorrect defence is placed before the jury, I agree with the characterization of the case by Galligan J.A. in the Court of Appeal as one of consent or no consent and that credibility was the key issue. The questions from the defence to the complainant, the accused, and witnesses clearly point to a defence of consent. In my opinion it is highly unlikely that the jury would have decided this case based on honest but mistaken belief in consent. Because of this, had the defence of honest but mistaken belief in consent not been before the jury the verdict would likely have been the same.

V. Conclusion

The circumstances giving rise to the complaint were decisive in this case. The alleged sexual assault took place in the bucket seat of a sports car. The cramped quarters were such that on the facts of this case some co-operation, if not the consent, of the complainant was necessary for the alleged offence to have occurred. This was consistent with the accused's testimony and inconsistent with that of the complainant. The jury was aware of the circumstances of the alleged offence and concluded that the accused proceeded with consent, or at least they had a reasonable doubt about his guilt. This

E. *La présentation à l'examen du jury de la défense de croyance sincère mais erronée*

L'appelante allègue comme dernière erreur le fait que le juge du procès a soumis au jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Je suis d'accord avec les juges majoritaires de la cour d'appel pour dire que les facteurs énumérés par le juge du procès comme appuyant l'affirmation de l'intimé qu'il croyait sincèrement au consentement ne confèrent pas la «vraisemblance» que doit avoir ce moyen de défense selon l'arrêt *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836. Le fait de soumettre à un jury une défense dont l'accusé ne peut pas se prévaloir peut être une erreur grave, étant donné que le jury peut fonder son verdict sur cette défense erronée.

Outre la question du risque d'erreur grave lorsqu'une défense erronée est soumise au jury, je suis d'accord avec la qualification de l'espèce par le juge Galligan de la Cour d'appel selon laquelle il s'agit d'une question de consentement ou de non-consentement et que la crédibilité est la question clé. Les questions posées par la défense à la plaignante, à l'accusé et aux témoins pointent clairement dans la direction d'une défense de consentement. À mon avis, il est très improbable que le jury ait statué sur cette affaire en se fondant sur la croyance sincère mais erronée au consentement. Par conséquent, même si la défense de croyance sincère mais erronée au consentement n'avait pas été soumise au jury, le verdict aurait probablement été le même.

V. Conclusion

Les circonstances qui ont donné lieu à la plainte étaient déterminantes en l'espèce. L'agression sexuelle alléguée a eu lieu sur le siège-baquet d'une voiture de sport. Le manque d'espace était tel que, compte tenu des faits de l'espèce, une certaine coopération, sinon le consentement, de la plaignante était nécessaire pour que l'infraction reprochée soit commise. Cela est compatible avec le témoignage de l'accusé, mais incompatible avec celui de la plaignante. Le jury était au courant des circonstances de l'infraction reprochée et a conclu que l'accusé avait agi avec le consentement de la

59

60

61

finding of fact represents the collective wisdom of the community as expressed by the jury and should not be interfered with. The errors of the trial judge such as they were would not have changed the result.

62 The important differences in the status of an accused person and the Crown have been given constitutional strength by the guarantees of individual rights set out in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In addition to the heavier onus on the Crown to successfully appeal from an acquittal the Crown can only appeal on a question of law (s. 676(1)(a)) while the accused may appeal on both questions of law alone and, with leave of the court, on questions of fact or of mixed law and fact (s. 675(1)(a)). In addition an accused may appeal to this Court as of right when an acquittal has been overturned by a Court of Appeal (s. 691(2)(a)).

63 Applying these principles to the facts of this case, I am not persuaded that the Crown has met the heavier onus required by law. The question of consent or its lack was pivotal in this case. The errors of the trial judge as identified were, for the reasons previously stated, not serious enough in these circumstances that the jury, had the errors not been made, is likely to have reached a different result.

64 The appellant has not demonstrated to a reasonable certainty that the jury would have not necessarily had a reasonable doubt about the guilt of the accused. For the reasons stated it is my opinion that not only is it uncertain that a different result would have occurred but for the errors, but that it is unlikely that this would have occurred.

65 In the result, I would dismiss the appeal and confirm the order of the Court of Appeal in upholding the acquittal of the respondent.

Appeal allowed and new trial ordered, MAJOR J. dissenting.

plaignante, ou les jurés avaient au moins un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Cette conclusion de fait représente la sagesse de la collectivité exprimée par le jury et elle ne devrait pas être modifiée. Les erreurs commises comme telles par le juge du procès n'ont rien changé au résultat.

Les différences de statut importantes entre l'individu accusé et le ministère public ont reçu un fondement constitutionnel par la garantie des droits individuels énoncée dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. En plus de la charge plus lourde dont il doit s'acquitter pour avoir gain de cause dans un appel contre un acquittement, le ministère public ne peut interjeter appel que sur une question de droit (al. 676(1)a)), alors que l'accusé peut interjeter appel tant sur une simple question de droit que, avec l'autorisation de la cour, sur une question de fait ou une question mixte de droit et de fait (al. 675(1)a)). En outre, l'accusé peut se pourvoir devant notre Cour de plein droit si un acquittement a été renversé par une cour d'appel (al. 691(2)a)).

Si l'on applique ces principes aux faits de l'espèce, je ne suis pas convaincu que le ministère public s'est acquitté de la lourde charge que la loi lui impose. La question du consentement, ou de son absence, était déterminante en l'espèce. Les erreurs du juge du procès, comme elles ont été décrites, n'étaient pas, pour les raisons données, sérieuses au point que, si ces erreurs n'avaient pas été commises, le jury aurait vraisemblablement rendu un verdict différent.

L'appelante n'a pas démontré avec un degré raisonnable de certitude que le jury n'aurait pas nécessairement eu un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé. Pour les motifs exposés, je suis d'avis que non seulement il est douteux qu'un résultat différent aurait été obtenu en l'absence de ces erreurs, mais que cela est improbable.

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la cour d'appel, qui a maintenu l'acquiescement de l'intimé.

Pourvoi accueilli et tenue d'un nouveau procès ordonnée, LE JUGE MAJOR est dissident.

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

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

Solicitor for the respondent: Lorne Levine, Toronto.

Procureur de l'intimé: Lorne Levine, Toronto.