

**Joseph Burke** Appellant

v.

**Her Majesty The Queen** Respondent

INDEXED AS: R. v. BURKE

File No.: 24071.

1995: May 26; 1996: March 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

*Criminal law — Verdict — Unreasonableness — Accused convicted of indecent assault — First complainant's testimony containing exaggerations and blatant falsehoods — Trial judge not accepting his allegations of sexual assault without corroboration — Trial judge finding corroboration in respect of one incident in testimony of second complainant describing similar incident — Second complainant's testimony containing frailties and inconsistencies — Strong possibility of collusion — Whether accused's convictions can be reasonably supported by evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).*

*Criminal law — Verdict — Unreasonableness — Accused convicted of indecent assault — Alleged assaults bizarre in nature — Photographic identification of accused — Whether accused's conviction can be reasonably supported by evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Abuse of process — Court of Appeal correct in not entering stay of proceedings on grounds of abuse of process — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.*

The accused, a former Christian Brother, was convicted of three counts of indecent assault upon E, C and L, and one count of assault causing bodily harm on E. The complainants were all residents of the orphanage where the accused worked between 1974 and 1981. At trial, E testified that the accused had beaten him and had also committed several indecent sexual acts, including an incident where, in order to prevent the spreading of chicken pox, the accused applied, in his private office,

**Joseph Burke** Appellant

c.

**Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. BURKE

N° du greffe: 24071.

1995: 26 mai; 1996: 21 mars.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

*Droit criminel — Verdict — Caractère déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'attentat à la pudeur — Exagérations et faussetés flagrantes dans le témoignage du premier plaignant — Juge du procès n'acceptant pas les allégations d'agression sexuelle sans corroboration — Juge du procès concluant qu'un incident a été corroboré par le témoignage d'un deuxième plaignant qui décrivait un incident semblable — Faiblesses et contradictions dans le témoignage du deuxième plaignant — Forte possibilité de collusion — Les déclarations de culpabilité de l'accusé peuvent-elles raisonnablement s'appuyer sur la preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(i).*

*Droit criminel — Verdict — Caractère déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'attentat à la pudeur — Nature étrange des prétendues agressions — Identification de l'accusé à l'aide de photographies — La déclaration de culpabilité de l'accusé peut-elle raisonnablement s'appuyer sur la preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(i).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Abus de procédure — Cour d'appel ayant refusé à bon droit d'ordonner l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

L'accusé, un ancien frère des Écoles chrétiennes, a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'accusation d'attentat à la pudeur contre E, C et L, et à un chef de voies de fait ayant causé des lésions corporelles à E. Les plaignants résidaient tous à l'orphelinat où l'accusé a travaillé entre 1974 et 1981. Au procès, E a témoigné que l'accusé l'avait battu et avait accompli, à maintes reprises, des actes sexuels indécents, notamment lorsque, pour éviter que la varicelle ne se propage, l'accusé

an ointment not only to E's legs, which were affected by the pox, but also to his penis and his buttocks, and inserted a finger in E's rectum. With respect to the beating incident, the trial judge found that the accused had used excessive force. With respect to the other claims, the trial judge, faced with the many inconsistencies and blatant falsehoods in E's evidence, concluded that he was not a credible witness and added that these claims could not be accepted without some form of corroboration. The trial judge found corroboration for the "ointment incident" in the evidence given by C in which he described a strikingly similar incident. Despite frailties and "impreciseness respecting dates" in C's testimony, the trial judge found him to be a credible witness. As a result, she accepted the accounts of the "ointment incidents" given by C and E. L testified that the accused would often punish him by "hauling" him into a private office, forcing him to undress and pinching his armpits. In addition, L claimed that the accused would sometimes fondle his penis. The trial judge found L's evidence credible and accepted it. The Court of Appeal upheld the convictions.

*Held:* The appeal should be allowed with respect to the convictions for indecent assault. The appeal should be dismissed with respect to the conviction for assault causing bodily harm.

The Court of Appeal's decision on the abuse of process issue and the lower courts' decisions regarding the accused's conviction for assault causing bodily harm were agreed with. However, in light of the evidence at trial, the convictions for indecent assault were unreasonable and must be set aside pursuant to s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. The standard of review under that section is whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. It is only where the appellate court has considered all of the evidence before the trier of fact and determined that a conviction cannot be reasonably supported by that evidence that it can invoke s. 686(1)(a)(i) and overturn the trial court's verdict. Although the appellate court must be conscious of the advantages enjoyed by the trier of fact, reversal for unreasonableness remains available under s. 686(1)(a)(i) where the "unreasonableness" of the verdict rests on a question of credibility. Here, the trial judge arrived at an unreasonable verdict by accepting the evidence of E, C and L. No properly

avait, dans son bureau privé, appliqué une pommade non seulement sur les jambes de E, qui étaient atteintes du mal, mais également sur son pénis et ses fesses, et lui avait introduit le doigt dans le rectum. En ce qui concerne l'incident de la correction, le juge du procès a conclu que l'accusé avait exercé une force excessive. Quant aux autres allégations, devant les nombreuses faussetés et contradictions flagrantes relevées dans le témoignage de E, le juge du procès a conclu que ce dernier n'était pas un témoin crédible et a ajouté que ces allégations ne pourraient pas être acceptées sans être corroborées de quelque manière que ce soit. Le juge du procès a statué que l'«incident de la pommade» avait été corroboré par le témoignage de C, qui faisait état d'un incident d'une ressemblance frappante. En dépit des faiblesses et de «l'imprécision concernant les dates» dans le témoignage de C, le juge du procès a conclu que ce dernier était un témoin crédible. Elle a donc accepté les récits de C et E concernant les «incidents de la pommade». L a témoigné que l'accusé le punissait fréquemment en le «traînant» dans un bureau privé, pour ensuite le forcer à se dévêtir et lui pincer les aisselles. L a, de plus, allégué que l'accusé lui caressait parfois le pénis. Le juge du procès a jugé crédible le témoignage de L et l'a accepté. La Cour d'appel a maintenu les déclarations de culpabilité.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli en ce qui concerne les déclarations de culpabilité d'attentat à la pudeur. Le pourvoi est rejeté pour ce qui est de la déclaration de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles.

La décision de la Cour d'appel sur la question de l'abus de procédure et les décisions rendues par les tribunaux d'instance inférieure relativement à la déclaration de culpabilité de l'accusé quant aux voies de fait ayant causé des lésions corporelles sont acceptées. Cependant, compte tenu de la preuve produite au procès, les déclarations de culpabilité d'attentat à la pudeur étaient déraisonnables et doivent être rejetées conformément au sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*. La norme de contrôle applicable sous le régime de cette disposition consiste à décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. Ce n'est que si elle a tenu compte de toute la preuve soumise au juge des faits, et décidé qu'une déclaration de culpabilité ne peut pas s'appuyer raisonnablement sur cette preuve, que la cour d'appel peut invoquer le sous-al. 686(1)a(i) et écarter le verdict rendu au procès. Bien qu'elle doive être consciente des avantages dont jouit le juge des faits, la cour d'appel

instructed jury acting in a judicial manner could reasonably have accepted the claims of these complainants.

It is clear from a review of the evidence that some of E's claims against the Christian Brothers, and particularly those concerning the accused, were gross exaggerations or blatant falsehoods. Most of E's claims were either positively disproved by other witnesses or were unsupported by the evidence. While the trial judge was right in concluding that E was not a credible witness, she erred in finding corroboration for the "ointment incident" in C's evidence. C's history of chronic dishonesty, coupled with critical inconsistencies in his testimony, clearly made him a less than credible witness. Among other things, he initially stated in his testimony that the ointment incident took place in the early 1970s. The accused, however, was not present at the orphanage at that time. More importantly, C had previously refused to speak with the police, claiming that he had nothing to say regarding the Christian Brothers. It is only after he was contacted by E's lawyer — who had already been retained by E for the purpose of carrying out a civil action against the accused — that C came forward with his claim. There is thus a possibility that C may have learned the details of E's story through contact with their common lawyer. The obvious inconsistencies and falsehoods in C's testimony render the trial judge's finding of credibility unreasonable. A trier of fact, acting judicially, could not have found any merit in the claims of either C or E. Moreover, on the assumption that the evidence is admissible, the trier of fact is obliged to consider the reliability of the evidence having regard to all the circumstances, including the possibility of collusion or collaboration. Given the crucial importance assigned by the trial judge to C's evidence, her failure to consider the possibility of collusion or collaboration arising out of the "lawyer connection", when assessed in light of the other frailties in C's evidence, rendered the convictions relating to the sexual assaults on E and C unreasonable.

With respect to L's claims, the curious nature of the assaults and the fact that the scabs allegedly left under

conserve, en vertu du sous-al. 686(1)a)(i), le pouvoir de rejeter un verdict pour cause de caractère déraisonnable lorsque ce «caractère déraisonnable» tient à une question de crédibilité. En l'espèce, le juge du procès est arrivée à un verdict déraisonnable en acceptant les témoignages de E, C et L. Aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire n'aurait pu raisonnablement accepter les prétentions de ces plaignants.

Il ressort clairement d'un examen de la preuve que certaines des allégations de E concernant les frères des Écoles chrétiennes, en particulier celles qui visaient l'accusé, étaient des exagérations et des faussetés flagrantes. La plupart des allégations de E ont été réfutées catégoriquement par d'autres témoins ou n'étaient pas appuyées par la preuve. Bien qu'elle ait eu raison de conclure que E n'était pas un témoin crédible, le juge du procès a commis une erreur en statuant que l'«incident de la pommade» avait été corroboré par le témoignage de C. Les antécédents de malhonnêteté chronique de ce dernier, conjugués aux contradictions cruciales relevées dans son témoignage, en faisaient certainement un témoin moins que crédible. Il a notamment commencé par déclarer, dans son témoignage, que l'incident de la pommade était survenu au début des années 70. Or, l'accusé n'était pas à l'orphelinat à ce moment-là. Qui plus est, C avait auparavant refusé de parler à la police, affirmant qu'il n'avait rien à dire concernant les frères des Écoles chrétiennes. C a fait ses allégations seulement après que l'avocat, dont E avait déjà retenu les services aux fins d'intenter une action au civil contre l'accusé, eut communiqué avec lui. Il est donc possible que C ait appris les détails de la version de E grâce à ses contacts avec leur avocat commun. Les contradictions et les faussetés évidentes dans le témoignage de C rendent déraisonnable la conclusion à la crédibilité que le juge du procès a tirée. Un juge des faits, agissant de manière judiciaire, n'aurait pas pu reconnaître quelque bien-fondé aux prétentions de C ou de E. De plus, en tenant pour acquis que la preuve est admissible, le juge des faits est tenu d'apprécier la fiabilité de la preuve compte tenu de toutes les circonstances, dont la possibilité de collusion ou de collaboration. Compte tenu de l'importance cruciale que le juge du procès a accordée au témoignage de C, son omission de considérer la possibilité de collusion ou de collaboration découlant du «lien avec l'avocat» a, compte tenu des autres faiblesses du témoignage de C, rendu déraisonnables les déclarations de culpabilité relatives aux accusations d'agression sexuelle contre E et C.

En ce qui concerne les allégations de L, la nature étrange des agressions et le fait que, en dépit de l'utilisa-

his arms as a result of these assaults were never observed by other residents of the orphanage, despite the common use of communal showers, cause great concern about the reliability of L's evidence. Further, L was never asked to identify the accused during the trial but rather made a photographic identification — a most unsatisfactory method of identification in cases such as this, where the events in question are alleged to have occurred many years before the trial. The reliability of the photographic identification was further undermined by the evidence given by another complainant, who incorrectly identified the accused by using photographs that were similar to the ones used by L. The trial judge made no comment on the frailty of the identification evidence. Given the unsatisfactory nature of L's evidence in general, this uncritical reliance on the unorthodox identification evidence renders the conviction unreasonable.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Hoch v. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Director of Public Prosecutions v. P.*, [1991] 2 A.C. 447; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. H.*, [1995] 2 A.C. 596; *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653; *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358; *R. v. Spatola*, [1970] 3 O.R. 74.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

#### Authors Cited

*Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191, 365 A.P.R. 191, 88 C.C.C. (3d) 257, dismissing the accused's appeal from his convictions for indecent assault and assault causing bodily harm (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 289, 287 A.P.R. 289. Appeal allowed with respect to the convictions for

tion courante des douches communautaires, aucun autre pensionnaire de l'orphelinat n'avait jamais remarqué les escarres que L. auraient eues aux aisselles par suite des agressions en cause, suscitent un doute énorme quant à la fiabilité du témoignage de ce dernier. De plus, personne n'a jamais demandé à L. d'identifier l'accusé au cours du procès; il a plutôt fait une identification à l'aide de photographies — une méthode d'identification très insatisfaisante lorsque, comme en l'espèce, les événements en question se seraient produits de nombreuses années avant le procès. La fiabilité de l'identification à l'aide de photographies a été minée davantage par le témoignage d'un autre plaignant, qui a identifié incorrectement l'accusé à l'aide de photographies semblables à celles utilisées par L. Le juge du procès n'a fait aucun commentaire sur la faiblesse de la preuve d'identification. Étant donné la nature insatisfaisante du témoignage de L. en général, le fait qu'on s'en soit remis aveuglément à cette preuve d'identification hétérodoxe rend la déclaration de culpabilité déraisonnable.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *R. c. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Hoch c. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292; *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Director of Public Prosecutions c. P.*, [1991] 2 A.C. 447; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. H.*, [1995] 2 A.C. 596; *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653; *R. c. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358; *R. c. Spatola*, [1970] 3 O.R. 74.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

#### Doctrine citée

*Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191, 365 A.P.R. 191, 88 C.C.C. (3d) 257, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre ses déclarations de culpabilité d'attentat à la pudeur et de voies de fait causant des lésions corporelles (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 289, 287 A.P.R. 289. Pourvoi accueilli en

indecent assault. Appeal dismissed with respect to the conviction for assault causing bodily harm.

*Marvin R. V. Storrow, Q.C., Joanne R. Lysyk, and Brian Casey, for the appellant.*

*Wayne Gorman, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. —

### I. Introduction

<sup>1</sup> The appellant in this case is Joseph Burke, a former Christian Brother at the Mount Cashel Orphanage in St. John's, Newfoundland. Mr. Burke was convicted at trial of three counts of indecent assault and one count of assault causing bodily harm. Each of the assaults for which Mr. Burke was convicted allegedly took place during the period in which he worked at the Mount Cashel Orphanage. The complainants, S.E., D.C. and K.L., were all residents of the Mount Cashel Orphanage during the relevant period.

<sup>2</sup> The appellant raises two issues in appealing his convictions. First, the appellant argues that the manner in which the charges against him were pursued amounted to an abuse of process and a breach of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Secondly, the appellant argues that the trial judge's verdict was unreasonable in light of the evidence before her, and that the verdict should therefore be set aside. On the abuse of process issue, I respectfully agree with the decision of the Newfoundland Court of Appeal: (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191, 365 A.P.R. 191, 88 C.C.C. (3d) 257. In addition, I agree with the decisions reached in the courts below with respect to Mr. Burke's conviction for assault causing bodily harm on the complainant, E. With respect to the convictions for indecent assault upon E., C. and L., however, I must respectfully disagree with the trial judge ((1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 289, 287 A.P.R. 289)

ce qui concerne les déclarations de culpabilité d'attentat à la pudeur. Pourvoi rejeté pour ce qui est de la déclaration de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles.

*Marvin R. V. Storrow, c.r., Joanne R. Lysyk, et Brian Casey, pour l'appelant.*

*Wayne Gorman, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA —

### I. Introduction

L'appelant en l'espèce, Joseph Burke, est un ancien frère des Écoles chrétiennes qui travaillait à l'orphelinat de Mount Cashel à St. John's (Terre-Neuve). Au terme de son procès, M. Burke a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'accusation d'attentat à la pudeur et à un chef de voies de fait causant des lésions corporelles. Chacune des agressions dont M. Burke a été déclaré coupable aurait été commise au moment où il travaillait à l'orphelinat de Mount Cashel. Les plaignants, S.E., D.C. et K.L., résidaient tous, à l'époque pertinente, à l'orphelinat de Mount Cashel.

L'appelant soulève deux questions à l'appui de son pourvoi contre ses déclarations de culpabilité. Premièrement, il soutient que la façon dont on a donné suite aux accusations portées contre lui équivaut à un abus de procédure et à une violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Deuxièmement, il fait valoir que le verdict prononcé par le juge du procès était déraisonnable compte tenu de la preuve dont elle avait été saisie, et qu'il devrait donc être infirmé. En ce qui concerne l'abus de procédure, je me rallie, en toute déférence, à la décision de la Cour d'appel de Terre-Neuve: (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191, 365 A.P.R. 191, 88 C.C.C. (3d) 257. En outre, je suis d'accord avec les décisions rendues par les tribunaux d'instance inférieure relativement à la déclaration de culpabilité de M. Burke quant aux voies de fait ayant causé des lésions corporelles au plaignant E. Cependant, en ce qui a trait aux déclara-

and the majority of the Newfoundland Court of Appeal. Instead, I would agree with Gushue J.A.'s dissent in the Court of Appeal and hold that Mr. Burke's convictions for indecent assault were unreasonable in light of the evidence at trial. As a result, I would hold that the convictions on these counts must be set aside pursuant to s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

## II. Review under Section 686(1)(a)(i)

Under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, a court of appeal may allow an appeal against conviction where the court is of the view that the verdict reached below was unreasonable in that it cannot be supported on the evidence. Section 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* provides as follows:

**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. . . .

The standard of review under s. 686(1)(a)(i) was first established by this Court in *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275. At p. 282 of that decision, a majority of this Court determined that the question to be asked in reviewing the "reasonableness" of a verdict is

whether the verdict is unreasonable, not whether it is unjustified. The function of the court is not to substitute itself for the jury, but to decide whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered.

Following this Court's decision in *Corbett*, some degree of confusion arose as to the appropriate standard of review where the "reasonableness" of a

rations de culpabilité d'attentat à la pudeur contre E., C. et L., je dois, en toute déférence, me dissocier du juge du procès ((1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 289, 287 A.P.R. 289) et des juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve. J'adhère plutôt à la dissidence du juge Gushue de la Cour d'appel et je conclus que les déclarations de culpabilité d'attentat à la pudeur, prononcées contre M. Burke, étaient déraisonnables compte tenu de la preuve produite au procès. Je conclus donc que les verdicts de culpabilité relatifs à ces chefs d'accusation doivent être rejetés conformément au sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

## II. Examen fondé sur le sous-al. 686(1)(a)(i)

En vertu du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, une cour d'appel peut accueillir l'appel d'une déclaration de culpabilité si elle est d'avis que le verdict prononcé par le tribunal d'instance inférieure est déraisonnable du fait qu'il ne peut pas s'appuyer sur la preuve. Voici le texte du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*:

**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. . .

La norme de contrôle applicable sous le régime du sous-al. 686(1)(a)(i) a été établie par notre Cour dans *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275. À la page 282 de cet arrêt, notre Cour à la majorité a décidé qu'en examinant le «caractère raisonnable» d'un verdict, il fallait se demander

si le verdict est déraisonnable, non s'il est injustifié. Le rôle de la Cour n'est pas de se substituer au jury mais de décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.

L'arrêt *Corbett* de notre Cour a semé une certaine confusion quant à la norme de contrôle qu'il convenait d'appliquer lorsque le «caractère raisonnable»

verdict was in question. One possible interpretation of *Corbett* was that the court of appeal could only intervene where it took the view that no jury acting judicially could have possibly reached the verdict rendered at trial. Clearly, this interpretation of the *Corbett* decision set the standard of review so high that it was virtually unattainable. Another view of the *Corbett* decision was that a court of appeal could intervene in any case where no jury acting judicially could reasonably have reached the verdict rendered at trial. The confusion concerning the standard of review was finally settled by the unanimous Court in *R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168. In that case, McIntyre J. settled the issue as follows, at p. 185:

... to adopt literally the proposition that the appellate court could only consider whether the impugned verdict could possibly have been reached would render review on appeal under the subsection almost impossible. "Reasonably could have reached" must be the test, and from a reading of the whole of Pigeon J.'s judgment [in *Corbett*] I am of the view that it was what was intended. [Emphasis in original.]

As a result, the Court in *Yebe*s concluded (at p. 185) that "curial review is invited whenever a jury goes beyond a reasonable standard".

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

In an appeal founded on s. 686(1)(a)(i) the court is engaged in a review of the facts. The role of the Court of Appeal is to determine whether on the facts that were before the trier of fact a jury properly instructed and acting reasonably could convict. The court reviews the evidence that was before the trier of fact and after re-examining and, to some extent, reweighing the evidence, determines whether it meets the test.

As a result, it is only where the Court has considered all of the evidence before the trier of fact and determined that a conviction cannot be reasonably

ble» d'un verdict était en cause. Selon une interprétation de l'arrêt *Corbett*, la cour d'appel ne pouvait intervenir que si elle était d'avis qu'aucun jury agissant de façon judiciaire n'aurait pu rendre ce verdict au procès. De toute évidence, cette interprétation de l'arrêt *Corbett* établissait une norme de contrôle si élevée qu'elle était pour ainsi dire inatteignable. Selon une autre interprétation de l'arrêt *Corbett*, une cour d'appel pouvait intervenir dans tous les cas où aucun jury agissant d'une manière judiciaire n'aurait pu raisonnablement rendre ce verdict au procès. La confusion entourant la norme de contrôle a finalement été dissipée par l'arrêt unanime de notre Cour *R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168. Dans cette affaire, le juge McIntyre règle la question de la façon suivante, à la p. 185:

... l'adoption littérale de la proposition que la Cour d'appel ne peut que se demander si le jury aurait peut-être pu rendre le verdict contesté aurait pour effet de rendre presque impossible la révision en appel aux termes du paragraphe. L'expression «aurait pu raisonnablement rendre» doit constituer le critère et d'après l'interprétation de l'ensemble du jugement du juge Pigeon [dans *Corbett*], je suis d'avis que c'est ce qui était visé.

En conséquence, la Cour a conclu, dans *Yebe*s (à la p. 185), qu'«il doit y avoir révision judiciaire chaque fois que le jury dépasse une norme raisonnable».

Lorsqu'elle entreprend un examen fondé sur le sous-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel*, la cour d'appel doit examiner minutieusement tous les éléments de preuve dont le juge des faits a été saisi. Comme je l'ai affirmé, au nom de notre Cour à la majorité dans *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, à la p. 915:

Lors d'un appel interjeté en vertu du sous-al. 686(1)a)(i), la cour procède à un examen des faits. La fonction de la cour d'appel consiste à déterminer si, d'après les faits soumis au juge des faits, un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pouvait déclarer l'accusé coupable. La cour analyse la preuve qui a été présentée au juge des faits et, après l'avoir réexaminée et, dans une certaine mesure, réévaluée, décide si la preuve satisfait à ce critère.

Ainsi, ce n'est que si elle a tenu compte de toute la preuve soumise au juge des faits, et décidé qu'une déclaration de culpabilité ne peut pas s'appuyer

supported by that evidence that the court can invoke s. 686(1)(a)(i) and overturn the trial court's verdict.

According to this Court in *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, special concerns arise in cases such as this where the alleged "unreasonableness" of the trial court's decision rests upon the trial judge's assessment of credibility. In these cases, the court of appeal must bear in mind the advantageous position of a trial judge in assessing the credibility of witnesses and the accused. As McLachlin J. stated in *W. (R.)*, at p. 131:

... in applying the test [under s. 686(1)(a)(i)] the court of appeal should show great deference to findings of credibility made at trial. This Court has repeatedly affirmed the importance of taking into account the special position of the trier of fact on matters of credibility: *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268, at p. 272; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, at pp. 465-66.

Despite the "special position" of the trial court in assessing credibility, however, the court of appeal retains the power, pursuant to s. 686(1)(a)(i), to reverse the trial court's verdict where the assessment of credibility made at trial is not supported by the evidence. As McLachlin J. stated in *W. (R.)*, at pp. 131-32:

... as a matter of law it remains open to an appellate court to overturn a verdict based on findings of credibility where, after considering all the evidence and having due regard to the advantages afforded to the trial judge, it concludes that the verdict is unreasonable.

Thus, although the appellate court must be conscious of the advantages enjoyed by the trier of fact, reversal for unreasonableness remains available under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* where the "unreasonableness" of the verdict rests on a question of credibility.

raisonnablement sur cette preuve, que la cour peut invoquer le sous-al. 686(1)a(i) et écarter le verdict du juge du procès.

Notre Cour a statué, dans l'arrêt *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, que des préoccupations particulières se manifestent dans les cas où, comme en l'espèce, le prétendu «caractère déraisonnable» de la décision rendue au procès tient à l'appréciation de la crédibilité par le juge du procès. La cour d'appel doit alors tenir compte de la position avantageuse dont jouit le juge du procès pour ce qui est d'apprécier la crédibilité des témoins et de l'accusé. Comme l'affirme le juge McLachlin dans *W. (R.)*, à la p. 131:

... dans l'application de ce critère [en vertu du sous-al. 686(1)a(i)], la cour d'appel devrait faire preuve d'un grand respect envers les conclusions tirées au procès quant à la crédibilité des témoins. À maintes reprises, notre Cour a souligné combien il était important de tenir compte de la position privilégiée du juge des faits relativement à des questions de crédibilité: *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268, à la p. 272; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, aux pp. 465 et 466.

En dépit de la «position privilégiée» dont jouit la cour de première instance pour ce qui est d'apprécier la crédibilité, la cour d'appel conserve toutefois, conformément au sous-al. 686(1)a(i), le pouvoir de rejeter le verdict de la cour de première instance lorsque son appréciation de la crédibilité ne s'appuie pas sur la preuve. Comme le mentionne le juge McLachlin dans l'arrêt *W. (R.)*, aux pp. 131 et 132:

... en droit, la cour d'appel conserve le pouvoir d'écarter un verdict fondé sur des conclusions relatives à la crédibilité dans les cas où, après avoir étudié l'ensemble de la preuve et tenu compte des avantages du juge de première instance, elle conclut que le verdict est déraisonnable.

Ainsi, bien qu'elle doive être consciente des avantages dont jouit le juge des faits, la cour d'appel conserve, en vertu du sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, le pouvoir de rejeter un verdict pour cause de caractère déraisonnable lorsque ce «caractère déraisonnable» tient à une question de crédibilité.



6 I acknowledge that this is a power which an appellate court will exercise sparingly. This is not to say that an appellate court should shrink from exercising the power when, after carrying out its statutory duty, it concludes that the conviction rests on shaky ground and that it would be unsafe to maintain it. In conferring this power on appellate courts to be applied only in appeals by the accused, it was intended as an additional and salutary safeguard against the conviction of the innocent.

7 Having carefully considered the above principles and reviewed the evidence, I have concluded that this is one of those rare instances where the trial court's assessments of credibility cannot be supported on any reasonable view of the evidence. While I am fully aware of the advantages enjoyed by the trier of fact, I am nonetheless persuaded that the trial court in the case arrived at an unreasonable verdict by accepting the evidence of the complainants E. and C. In my view, no properly instructed jury acting in a judicial manner could reasonably have accepted the claims of these complainants. My reasons for arriving at this conclusion are discussed at length below. The nature of review under s. 686(1)(a)(i) demands that I undertake a thorough review of the evidence of the complainants.

### III. Evidence of S.E.

8 The complainant E. arrived at Mount Cashel in 1973 when he was six years old. He was sent to the orphanage at Mount Cashel with his brothers W. and R. after a most unfortunate breakup in their family. The brothers remained at Mount Cashel until 1987, with one temporary absence in 1975.

9 E. was one of the first Mount Cashel residents to make allegations of improper conduct concerning the Christian Brothers. In 1975, E. went to the police and described the brutal treatment that had been suffered by the residents of Mount Cashel.

Je reconnais que c'est un pouvoir qu'une cour d'appel va exercer avec circonspection. Cela ne signifie pas qu'une cour d'appel devrait s'abstenir de l'exercer lorsque, après s'être acquittée de son obligation légale, elle conclut que la déclaration de culpabilité repose sur une assise fragile et qu'il serait imprudent de la maintenir. En conférant aux cours d'appel ce pouvoir qui ne devait être exercé que dans le cadre d'un appel interjeté par un accusé, on a voulu créer une garantie additionnelle et salutaire contre les déclarations de culpabilité de personnes innocentes.

Après avoir soigneusement examiné les principes exposés ci-dessus et la preuve, j'en suis venu à la conclusion que nous sommes en présence d'un de ces cas peu communs où l'appréciation de la crédibilité par la cour de première instance ne peut pas s'appuyer sur quelque interprétation raisonnable que ce soit de la preuve. Bien que je sois parfaitement conscient des avantages dont jouit le juge des faits, je suis néanmoins convaincu que la cour de première instance est arrivée à un verdict déraisonnable en acceptant le témoignage des plaignants E. et C. À mon avis, aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire n'aurait pu raisonnablement accepter les prétentions de ces plaignants. Mes motifs à cet égard sont exposés en détail plus loin. La nature de l'examen fondé sur le sous-al. 686(1)a(i) m'oblige à effectuer une analyse approfondie du témoignage des plaignants.

### III. Le témoignage de S.E.

Le plaignant E. est arrivé à Mount Cashel en 1973 et il était alors âgé de six ans. Il a été confié à l'orphelinat de Mount Cashel avec ses frères W. et R. à la suite de l'éclatement fort malheureux de leur famille. Les frères sont demeurés à Mount Cashel jusqu'en 1987, après s'être absentés temporairement une seule fois, en 1975.

E. a été l'un des premiers pensionnaires de Mount Cashel à accuser d'inconduite les frères des Écoles chrétiennes. En 1975, E. est allé décrire à la police le traitement brutal dont avaient été victimes les pensionnaires de Mount Cashel. L'appelant

The appellant Joseph Burke was among the Christian Brothers implicated by E.'s allegations.

According to E., Joseph Burke had beaten him with such force that E. had required hospitalization. In addition, E. alleged that Burke had committed several indecent sexual acts. The details of these sexual activities appeared to become more scandalous and shocking each time that E. retold his story. E.'s allegations, coupled with allegations made by other Mount Cashel residents, eventually led the police to investigate activities at the orphanage. The investigation was short lived, however, and resulted only in the transfer of two of the Christian Brothers out of the orphanage.

In 1989, fourteen years after the first investigation had closed, E. came forward with startling new revelations concerning the apparently brutal treatment he had received at the hands of the Christian Brothers. As a result of E.'s claims, the investigation was eventually re-opened and E. was called to testify before a commission of inquiry (the Hughes Commission). During the course of this inquiry, it became apparent that at least some of E.'s claims regarding the Christian Brothers, particularly those concerning Mr. Burke, were gross exaggerations to say the least. Indeed, at least some of the allegations made by E. were eventually proved to have been completely false.

Prior to his appearance before the Commission of Inquiry, E. appeared on the widely viewed "Oprah Winfrey" television program. While being interviewed on that program, E. gave detailed descriptions of the forms of abuse that he had suffered at the hands of the Christian Brothers. Perhaps the most shocking of these allegations was E.'s claim that the Christian Brothers had repeatedly engaged in sexual intercourse with the children who were entrusted in their care. Needless to say, the public outrage resulting from E.'s claim was overwhelming.

When E. finally appeared before the Commission of Inquiry, it became clear that his claims of sexual intercourse between the orphans and

Joseph Burke était parmi les frères visés par les allégations de E.

E. a raconté que Joseph Burke l'avait battu avec une telle force qu'il avait dû être hospitalisé. Il a, en outre, allégué que Burke avait accompli, à maintes reprises, des actes sexuels indécents. Les détails de ces activités sexuelles ont paru devenir de plus en plus scandaleux et bouleversants chaque fois que E. réitérait sa version des faits. Les allégations de E., conjuguées à celles d'autres pensionnaires de Mount Cashel, ont finalement amené la police à enquêter sur les activités de l'orphelinat. L'enquête a cependant été de courte durée et n'a entraîné que le transfert de deux frères des Écoles chrétiennes.

En 1989, quatorze ans après la fin de la première enquête, E. a fait de nouvelles révélations ahurissantes concernant le traitement apparemment brutal que lui avaient fait subir les frères des Écoles chrétiennes. Ces révélations ont fini par déclencher la réouverture de l'enquête, et E. a été appelé à témoigner devant une commission d'enquête (la commission Hughes). Au cours de cette enquête, il est devenu manifeste qu'au moins certaines des allégations de E. concernant les frères des Écoles chrétiennes, en particulier celles qui visaient M. Burke, étaient, le moins que l'on puisse dire, des exagérations flagrantes. En fait, au moins une partie des allégations de E. se sont finalement révélées complètement fausses.

Avant sa comparution devant la commission d'enquête, E. a participé à la fort populaire émission télévisée «Oprah Winfrey». Pendant l'entrevue qu'il a accordée à cette émission, E. a décrit en détail les formes d'abus que lui avaient fait subir les frères des Écoles chrétiennes. Peut-être la plus bouleversante de ces allégations est celle où E. a prétendu que les frères des Écoles chrétiennes avaient eu, à maintes reprises, des rapports sexuels avec les enfants qui leur étaient confiés. Inutile de dire que cette allégation a suscité chez le public un vif sentiment d'indignation.

Lorsque E. a finalement comparu devant la commission d'enquête, il est devenu évident que ses allégations de rapports sexuels entre les

10

11

12

13

Christian Brothers were untrue. E. eventually admitted that the events he had described on "Oprah Winfrey" had simply never occurred. In explaining why he had invented the allegations in question, E. claimed to have been "tired" at the time the interview was conducted. The trial judge wisely refused to accept this feeble explanation.

14

The Hughes Commission uncovered further exaggerations and lies in the statements of E. For example, E. had claimed during an interview that Burke had beaten him with a belt buckle to the point that he required hospitalization. It would be generous to call this claim a gross exaggeration. While E. did visit a hospital following an instance of discipline at the hands of Joseph Burke, subsequent evidence revealed that this visit to the hospital was little more than a check-up, and that no treatment was prescribed by the attending physician (Transcript of the trial proceedings, vol. IX, at pp. 1115-16). In addition, E. claimed that the beating administered by Burke had left him cut, bruised and bleeding, and had produced visible scabs. Although it appears that excessive force may have been used by Mr. Burke in disciplining E., the medical reports prepared by the doctor examining E. make it clear that no cuts or scabs were produced by the beating. While this does not lessen Burke's degree of fault for having used excessive force, it does serve to contradict several statements made by E., including his claims that other Mount Cashel residents had noticed the cuts and abrasions that were inflicted at the hands of Joseph Burke.

15

Several of E.'s "clear memories" of the goings-on at Mount Cashel appear to have been complete fabrications. For example, during one interview, E. claimed that he had received a teddy bear from the Christian Brothers in order to prevent him from telling authorities of the abuse that he had suffered. Like many of E.'s claims, the "teddy bear" story later proved to be at best an exaggeration. In testimony at Joseph Burke's trial, E. admitted that while he may have received a teddy bear at some

orphelins et les frères des Écoles chrétiennes étaient fausses. E. a fini par admettre que les événements qu'il avait décrits à l'émission «Oprah Winfrey» ne s'étaient simplement jamais produits. Il a expliqué les avoir inventés parce qu'il était «fatigué» au moment de l'entrevue. Le juge du procès a judicieusement refusé d'accepter cette explication de peu de valeur.

La commission Hughes a décelé d'autres exagérations et mensonges dans les déclarations de E. Par exemple, E. avait prétendu, au cours d'une entrevue, que Burke l'avait battu à l'aide d'une boucle de ceinture, au point qu'il avait dû être hospitalisé. Il serait euphémique de qualifier cette prétention d'exagération flagrante. Si E. s'est bel et bien rendu à l'hôpital après avoir été puni par Joseph Burke, une preuve subséquente a révélé que cette visite à l'hôpital n'était guère plus qu'un examen de santé, et que le médecin traitant n'avait prescrit aucun traitement (transcription des procédures du procès, vol. IX, aux pp. 1115 et 1116). De plus, E. a prétendu que les coups assenés par Burke lui avaient causé des coupures, des ecchymoses et des saignements, et avaient produit des escarres visibles. Même s'il appert que M. Burke peut avoir exercé une force excessive en punissant E., les rapports médicaux rédigés par le médecin qui a examiné E. indiquent clairement que les coups n'ont causé aucune coupure ni aucune escarre. Bien qu'elle n'atténue pas la faute commise par Burke en exerçant une force excessive, cette preuve vient contredire plusieurs déclarations de E., dont ses prétentions que d'autres pensionnaires de Mount Cashel avaient remarqué les coupures et les égratignures qui lui avaient été infligées par Joseph Burke.

Plusieurs des «souvenirs précis» de E. concernant les événements survenus à Mount Cashel paraissent avoir été de pures inventions. Par exemple, au cours d'une entrevue, E. a prétendu que les frères des Écoles chrétiennes lui avaient offert un oursin en peluche pour l'empêcher de révéler aux autorités les abus dont il avait été victime. À l'instar de nombreuses allégations de E., l'histoire de l'«ourson en peluche» s'est, par la suite, révélée être, au mieux, une exagération. Lors

point during his stay at Mount Cashel, the gift had nothing to do with any instances of abuse. Another of E.'s "clear memories" of abuse at the orphanage concerned a particular instance when Joseph Burke had used a "Levi belt" to administer a beating. E. gave a vivid description of the belt, stating that he clearly remembered the buckle as well as the "Levi inscription" on the belt. E. further claimed that he had been forced to hand the belt to Mr. Burke before the beating. However, when E. initially reported the beating in question to the police, he claimed that he had been beaten with a stick. No acceptable explanation for this contradictory evidence has been given.

During the course of the Hughes Inquiry, as well as in his statement of claim in a civil action against the appellant, E. claimed that group beatings of the Mount Cashel children took place whenever a teacher sent a note to the Christian Brothers to inform them that the children had misbehaved. According to E., the notes and subsequent beatings took place on a daily basis, and were a part of the regular routine at Mount Cashel. At trial, however, E.'s teacher gave evidence that notes concerning the boys' behaviour had only been sent to the Christian Brothers on one or two occasions. This evidence was unchallenged, clearly proving that the allegedly "daily" beatings that were described by E. had occurred, if at all, on no more than two occasions. When faced with this contradictory evidence at trial, E. retreated from his earlier claims and admitted that he could no longer allege that beatings had occurred on a daily basis (Transcript of the trial proceedings, vol. IX., at p. 1106).

E. graphically described several other instances of abuse at the hands of Joseph Burke. At trial, E. claimed that Mr. Burke would come to his bunk every night except for Saturday, make the sign of

de son témoignage au procès de Joseph Burke, E. a admis que, bien qu'il puisse avoir reçu un ourson en peluche à un certain moment au cours de son séjour à Mount Cashel, ce cadeau n'avait rien à voir avec quelque abus que ce soit. Un autre «souvenir précis» que E. avait des abus subis à l'orphelinat, était celui du cas particulier où Joseph Burke avait utilisé une «ceinture Levi» pour le battre. E. a donné une description précise de la ceinture, déclarant qu'il se rappelait parfaitement la boucle, de même que l'inscription «Levi» sur la ceinture. E. a, en outre, prétendu qu'il avait été contraint de remettre la ceinture à M. Burke avant d'être battu. Toutefois, lorsque E. a signalé pour la première fois cet épisode à la police, il a prétendu avoir été battu à coups de bâton. Aucune explication acceptable n'a été fournie au sujet de ce témoignage contradictoire.

À l'enquête Hughes, de même que dans la déclaration qu'il a déposée dans le cadre d'une action intentée au civil contre l'appelant, E. a prétendu que des enfants de Mount Cashel étaient battus collectivement chaque fois qu'un enseignant faisait parvenir aux frères des Écoles chrétiennes une note les informant d'un mauvais comportement de leur part. Selon E., les notes et les corrections qui s'ensuivaient étaient des événements quotidiens et courants à Mount Cashel. Au procès, toutefois, l'enseignant de E. a témoigné que ce n'est qu'à une ou deux reprises seulement qu'une note avait été envoyée aux frères des Écoles chrétiennes concernant le comportement des garçons. Ce témoignage n'a pas été mis en doute, ce qui prouve clairement que les corrections qui auraient été administrées «quotidiennement» et que E. a décrites ne peuvent avoir eu lieu qu'à deux reprises tout au plus. Confronté à ce témoignage contradictoire au procès, E. est revenu sur ses prétentions antérieures et a admis ne plus pouvoir alléguer que des corrections avaient été administrées quotidiennement (transcription des procédures du procès, vol. IX, à la p. 1106).

E. a décrit de façon détaillée plusieurs autres cas d'abus de la part de Joseph Burke. Au procès, il a allégué que M. Burke avait l'habitude de se rendre à son lit toutes les nuits, sauf le samedi, de faire le

the cross and fondle E. all over his body. E. subsequently altered his allegation, and stated that these instances of "fondling" occurred less frequently than he had initially claimed. However, subsequent evidence given at trial, including the testimony of E.'s brother W., made it clear that the episodes in question could not have occurred at all, as E.'s bed was in plain view of many other children in the dorm, none of whom claimed to have witnessed the "nightly" fondling. Indeed, residents of E.'s dormitory came forward and testified at trial that such instances of abuse had never happened, as they would have been readily observed by the many children whose beds were in close proximity to E.'s.

signe de croix et de lui caresser tout le corps. E. a, par la suite, modifié son allégation en affirmant que ces «caresses» avaient été moins fréquentes qu'il l'avait d'abord prétendu. Toutefois, des témoins entendus plus tard au procès, dont W., le frère de E., ont clairement affirmé que les épisodes en question ne pouvaient s'être produits puisque plusieurs autres enfants, dans le dortoir, pouvaient voir facilement le lit de E., et qu'aucun d'eux n'avait prétendu avoir été témoin de ces caresses «nocturnes». En fait, des pensionnaires du dortoir de E. sont venus témoigner au procès que de tels abus ne s'étaient jamais produits, étant donné qu'ils auraient pu être observés par les nombreux enfants dont le lit était situé près de celui de E.

18 Another shocking claim made by E. concerned instances of sexual intercourse between the children at Mount Cashel. According to E., during the time he spent at the orphanage he had occasionally engaged in sexual intercourse with other children. In addition, E. claimed that at least one of the episodes in question had been observed by Christian Brothers who made no effort to prevent this kind of behaviour. Like almost all of E.'s testimony, this evidence was later contradicted by the unchallenged evidence of other witnesses. For example, the other children with whom E. claimed to have had intercourse denied that the incidents in question had ever occurred. In addition, one of the Christian Brothers whom E. had "clearly remembered" as having observed a particular instance of sexual contact between the children clearly established that he was nowhere near Mount Cashel at the time of the incident in question.

Une autre allégation bouleversante de E. voulait que les enfants de Mount Cashel aient eu des rapports sexuels entre eux. E. a affirmé que, pendant qu'il était à l'orphelinat, il avait eu, à l'occasion, des rapports sexuels avec d'autres enfants. Il a prétendu, en outre, que des frères des Écoles chrétiennes avaient été témoins de ces événements à au moins une occasion et qu'ils n'avaient alors rien fait pour empêcher ce genre de comportement. Comme presque la totalité du témoignage de E., cette preuve a, par la suite, été contredite par les dépositions incontestées d'autres témoins. Par exemple, les autres enfants avec qui E. soutient avoir eu des rapports sexuels ont nié que les incidents en question se soient jamais produits. De plus, l'un des frères des Écoles chrétiennes qui, selon ce que E. se «rappelait nettement», avait observé un cas particulier de contacts sexuels entre les enfants, a clairement établi qu'il n'était pas dans les environs de Mount Cashel au moment de l'incident en question.

19 The final instance of abuse alleged by E. involved an occasion when the appellant was required to apply an ointment to E.'s legs in order to stave off a chicken pox infection. According to E., all of the Mount Cashel orphans (other than C.) had fallen victim to the chicken pox and required the application of an ointment to the affected parts of their body. E. further testified that the only part of his body that was affected by the disease was the upper part of his legs. Mr. Burke, who was in

Le dernier cas d'abus mentionné par E. était celui où l'appelant avait dû enduire les jambes de E. d'une pommade afin d'enrayer une attaque de varicelle. Selon E., tous les orphelins de Mount Cashel (à l'exception de C.) avaient été victimes de la varicelle et il avait fallu leur appliquer une pommade sur les parties atteintes de leur corps. E. a, en outre, témoigné que seule la partie supérieure de ses jambes était atteinte de ce mal. Monsieur Burke, qui était responsable du dortoir de E., avait

charge of the dormitory in which E. resided, was charged with the duty of applying the ointment to E. The ointment was applied in Burke's private office within the dorm. As a result, no one other than Burke and E. observed the application of the ointment.

According to E., Burke applied the "chicken pox ointment" not only to E.'s legs, but also to his penis and his buttocks. As noted above, the chicken pox infection only affected E.'s legs, so there would seem to be no reason to apply the ointment elsewhere on his body. According to E., however, the appellant claimed that the application of ointment to E.'s buttocks was required in order to prevent the spreading of the pox. E. further alleged that Burke had inserted his finger into E.'s rectum while applying the chicken pox ointment, once again claiming that this was necessary to prevent the pox from spreading. Not surprisingly, these allegations were vehemently denied by Mr. Burke.

As noted above, Mr. Burke applied the ointment to E. in a private office within the orphanage. As a result, unlike the other instances of abuse alleged by E., the "chicken pox" incident could not be disproved by observations made by other Mount Cashel residents.

Whatever one may claim about E., it is clear that he has a vivid imagination. When faced with the many inconsistencies and blatant falsehoods in E.'s evidence, the trial judge rightly concluded that E. was not a credible witness. According to the trial judge, the many lies and exaggerations in E.'s evidence caused her to "wonder where the core of truth is and where the exaggeration begins" (p. 299). In my opinion, the trial judge should have considered an even more fundamental question, namely whether or not there was any core of truth to E.'s claims.

As a result of her doubts concerning E.'s veracity, the trial judge came to the sensible conclusion that E.'s claims could not be accepted without some form of corroboration. While most of E.'s

la tâche d'appliquer la pommade sur le corps de ce dernier. Il l'a fait dans son bureau privé situé dans le dortoir, de sorte que seuls lui et E. ont été témoins de cet incident.

Selon E., Burke a appliqué la «pommade contre la varicelle» non seulement sur ses jambes, mais également sur son pénis et ses fesses. Tel que souligné antérieurement, seules les jambes de E. étaient atteintes de la varicelle, de sorte qu'il ne semblait y avoir aucune raison d'appliquer la pommade ailleurs sur son corps. Selon E., toutefois, l'appelant a prétendu que l'application de la pommade sur ses fesses était nécessaire pour éviter que la varicelle ne se propage. E. a, en outre, allégué que Burke lui avait introduit le doigt dans le rectum en appliquant la pommade contre la varicelle, en soutenant encore une fois que cela était nécessaire pour empêcher la varicelle de se propager. Il n'est pas étonnant que M. Burke ait nié ces allégations avec véhémence.

Tel que souligné plus haut, M. Burke a appliqué la pommade à E. dans un bureau privé situé dans l'orphelinat. En conséquence, contrairement aux autres cas d'abus allégués par E., l'incident de la «varicelle» ne pouvait être réfuté par les observations d'autres pensionnaires de Mount Cashel.

Peu importe ce qu'on dira de E., il a de toute évidence l'imagination fertile. Devant les nombreuses faussetés et contradictions flagrantes relevées dans le témoignage de E., le juge du procès a eu raison de conclure que E. n'était pas un témoin crédible. Selon le juge du procès, les nombreux mensonges et exagérations relevés dans le témoignage de E. l'ont amenée à [TRADUCTION] «se demander où finit la vérité et où commence l'exagération» (p. 299). À mon avis, le juge du procès aurait dû se poser une question encore plus fondamentale, à savoir s'il y avait quelque fond de vérité dans les allégations de E.

Parce qu'elle avait des doutes sur la véracité des allégations de E., le juge du procès a judicieusement conclu qu'elles ne pourraient pas être acceptées sans être corroborées de quelque manière que

20

21

22

23

claims were either positively disproved or unsupported by the evidence, the trial judge found corroboration for the "chicken pox incident" described by E. The corroboration in question came from C., another former resident of Mount Cashel. The supposedly corroborative evidence of C. is analyzed below.

#### IV. Evidence of D.C.

24 C. arrived at Mount Cashel at the age of 5 or 6, and was a resident of the orphanage during the same period as E. C. moved into the orphanage with his two brothers in 1970 or 1971 as a result of the death of his mother. C. remained a resident of the orphanage until he was 14 years old, when he was finally ejected from Mount Cashel for dishonesty and theft.

25 As noted above, C. was the one Mount Cashel resident who was not afflicted with chicken pox at the time that E. was suffering from the disease. However, C. testified at Mr. Burke's trial that he was suffering from some form of skin disorder which also required the application of ointment to his legs. Like E., C. testified that Joseph Burke had applied the ointment not only to his legs, but also to his penis and buttocks which were not affected by the disorder. Like E., C. claimed that Burke had explained the application of the ointment to those areas by claiming that it was necessary to prevent the spread of the rash. Finally, C. claimed that Burke had placed his finger in C.'s rectum while treating him with the ointment, once again claiming that this was required to prevent the skin disease from spreading.

26 According to the trial judge, C.'s account of Burke's application of ointment to his penis, buttocks and rectum was sufficiently similar to the claims of E. to constitute valid corroboration of E.'s earlier testimony. As a result, the trial judge accepted the accounts of the "ointment incidents" given by C. and E., and accordingly convicted the accused of indecent assault in relation to those incidents.

ce soit. Bien que la plupart des allégations de E. aient été réfutées catégoriquement ou n'aient pas été appuyées par la preuve, le juge du procès a conclu que l'«incident de la varicelle» décrit par E. avait été corroboré. C'est C., un autre ancien pensionnaire de Mount Cashel, qui a été l'auteur de cette corroboration. Le témoignage censément corroborant de C. est analysé ci-après.

#### IV. Le témoignage de D.C.

Arrivé à Mount Cashel à l'âge de 5 ou 6 ans, C. a été pensionnaire à l'orphelinat pendant la même période que E. C. est entré à l'orphelinat en compagnie de ses deux frères en 1970 ou 1971, à la suite du décès de sa mère. Il y est resté jusqu'au moment où, à l'âge de 14 ans, il a été expulsé pour cause de malhonnêteté et de vol.

Tel que noté plus haut, C. est le seul pensionnaire de Mount Cashel qui n'a pas été atteint de varicelle à l'époque où E. en souffrait. Cependant, C. a témoigné au procès de M. Burke qu'il souffrait d'une certaine forme d'affection cutanée aux jambes qui nécessitait elle aussi l'application d'une pommade. À l'instar de E., C. a témoigné que Joseph Burke avait appliqué la pommade non seulement sur ses jambes, mais également sur son pénis et ses fesses qui n'étaient pas atteints. Comme E., C. a prétendu que Burke avait expliqué que l'application de la pommade sur ces parties de son corps était nécessaire pour empêcher l'éruption de se propager. Enfin, C. a prétendu que Burke lui avait introduit le doigt dans le rectum au moment d'appliquer la pommade, alléguant encore une fois que cela était nécessaire pour empêcher que l'affection cutanée ne se propage.

Selon le juge du procès, le récit de C. concernant l'application par Burke d'une pommade sur son pénis, ses fesses et son rectum était suffisamment semblable aux prétentions de E. pour corroborer valablement le témoignage antérieur de ce dernier. Le juge du procès a donc accepté les récits de C. et E. concernant les «incidents de la pommade», et a, en conséquence, déclaré l'accusé coupable d'attentat à la pudeur relativement à ces incidents.

At first glance, the evidence of C. does appear to be “strikingly similar” to, and accordingly corroborative of, the account of the “chicken pox” incident given by E. However, the more closely one examines the evidence given by C., as well as the character of C. himself, the less “corroborative” his evidence seems to be.

As noted above, C. was ejected from Mount Cashel for dishonesty and theft. However, the extent of C.’s dishonesty goes far deeper than isolated instances of childhood petty larceny. In fact, during the time he spent at Mount Cashel, C. was placed in a psychiatric ward of the Janeway Hospital where he was treated for a chronic stealing problem.

Obviously, the fact that C. has had trouble remaining honest does not necessarily mean that his testimony at trial was untrue. However, critical inconsistencies in his testimony further erode the “corroborative value” of his evidence.

When C. first reported the “ointment” incident, he alleged that it had taken place when he was six or seven years old. This would have placed the incident sometime within 1971 or ’72. Hospital records confirm that C. was admitted to Janeway hospital in 1972 for a skin condition on his legs. When further questioned regarding the time at which the incident took place, C. re-affirmed his earlier claims, agreeing that he remembered the incident as having occurred “some considerable time” before the 1975 police investigation into the Mount Cashel affair.

After C.’s initial testimony regarding the “ointment incident”, it was later pointed out that Joseph Burke had not been present at the orphanage during the period in which the incident was alleged to have taken place. In fact, Mr. Burke did not arrive in Newfoundland until some time in 1974: at least two years after the “ointment incident” described by C. While C. never departed from his statement that he recalled that he was six or seven, he ventured the opinion that he was nine or ten after apparently having been told that Burke was not in

À première vue, le témoignage de C. paraît effectivement avoir une «ressemblance frappante» avec le récit de E. concernant l’incident de la «varicelle», et donc le corroborer. Toutefois, plus on examine de près le témoignage de C., de même que la moralité de C. lui-même, moins son témoignage semble être «corroborant».

Comme nous l’avons vu, C. a été expulsé de Mount Cashel pour cause de malhonnêteté et de vol. Toutefois, la malhonnêteté de C. va beaucoup plus loin que des cas isolés de larcins commis pendant l’enfance. En fait, au cours de la période passée à Mount Cashel, C. a été confié à l’aile psychiatrique de l’hôpital Janeway, où il a été traité pour kleptomanie.

Il est évident que le fait que C. ait eu du mal à rester honnête ne signifie pas nécessairement que son témoignage au procès n’était pas véridique. Cependant, les contradictions cruciales relevées dans son témoignage en minent d’autant la «valeur corroborante».

Lorsque C. a signalé, pour la première fois, l’incident de la «pommade», il a allégué qu’il était âgé de six ou sept ans lorsque cet incident est survenu. L’incident se serait donc produit en 1971 ou en 1972. Les dossiers de l’hôpital confirment que C. a été admis à l’hôpital Janeway en 1972 pour des problèmes cutanés aux jambes. Lorsqu’il a été interrogé davantage sur le moment de l’incident, C. a réitéré ce qu’il avait déjà dit, convenant qu’il se rappelait que l’incident s’était produit [TRADUCTION] «un bon moment» avant l’ouverture, en 1975, de l’enquête policière sur les activités de Mount Cashel.

Après le témoignage initial de C. concernant l’«incident de la pommade», on a par la suite souligné que Joseph Burke n’était pas à l’orphelinat au moment où l’incident se serait produit. En fait, M. Burke n’est arrivé à Terre-Neuve qu’en 1974, soit au moins deux ans après l’«incident de la pommade» décrit par C. Bien que ce dernier ait constamment maintenu qu’il se souvenait être âgé de six ou sept ans, il s’est risqué à affirmer, après avoir apparemment été informé que Burke n’était pas à Terre-Neuve à l’époque, qu’il était alors âgé

27

28

29

30

31



Newfoundland at the time. The following is his evidence-in-chief:

Q. Do you know when it was that this happened, that you had to go and get a prescription for the rash on your legs?

A. I don't understand the question.

Q. About how old were you when that happened?

A. Well, I thought I was younger when I gave earlier testimony, but since, I think I was nine or ten.

Q. All right. Could you tell us what your memory of your age was when these incidents happened?

A. I thought I was about six or seven years old.

On cross-examination he gave the following answers:

Q. And you have told us today about an incident in which you were assaulted while Brother Burke was applying some ointment to your legs.

A. Yes.

Q. And I think you said that your recollection was that this happened to you when you were about six or seven years old.

A. Yes.

32 Aside from inconsistencies regarding the "ointment" incident, there were several other "frailties" in the evidence given by C. For example, C. alleged that Burke had forced him to punch another boy in the back of the head for no apparent reason. This account was later challenged by other Mount Cashel residents who had witnessed the event described by C. According to these eyewitnesses, Burke had merely happened upon a fight between the children. The testimony of these eyewitnesses was unchallenged.

33 Obviously, C. is not the kind of witness the prosecution would hope for when bringing a case to trial. His history of chronic dishonesty, coupled with the inconsistencies in his testimony, clearly make him a less than credible witness. If there were ever a witness upon whose evidence it is

de neuf ou dix ans. Voici un passage de son témoignage en interrogatoire principal:

[TRADUCTION]

Q. Savez-vous à quel moment cela s'est produit, à quel moment vous avez dû aller vous chercher une prescription pour l'éruption cutanée sur vos jambes?

R. Je ne comprends pas la question.

Q. Quel âge aviez-vous environ lorsque cela s'est produit?

R. Bien, quand j'ai témoigné précédemment, je croyais que j'étais plus jeune, mais je crois maintenant que j'avais neuf ou dix ans.

Q. Très bien. Pourriez-vous nous dire quel âge vous croyiez avoir lorsque ces incidents se sont produits?

R. Je croyais que j'avais six ou sept ans.

Lors du contre-interrogatoire, il a donné les réponses suivantes:

[TRADUCTION]

Q. Et vous nous avez parlé aujourd'hui d'un incident au cours duquel vous avez été agressé au moment où le frère Burke appliquait une pommade sur vos jambes.

R. Oui.

Q. Et je crois que vous avez dit que, selon ce que vous vous rappelez, vous étiez âgé de six ou de sept ans lorsque cela s'est produit.

R. Oui.

Mises à part les contradictions concernant l'incident de la «pommade», le témoignage de C. accusait plusieurs autres «faiblesses». Par exemple, C. a allégué que Burke l'avait forcé à frapper un autre garçon derrière la tête sans aucune raison apparente. Ce récit a par la suite été mis en doute par d'autres pensionnaires de Mount Cashel qui avaient observé l'incident décrit par C. Selon ces témoins, Burke est simplement arrivé par hasard sur les lieux d'une bagarre entre les enfants. La déposition de ces témoins oculaires n'a pas été contestée.

De toute évidence, C. n'est pas le genre de témoin que la poursuite recherche lorsqu'elle porte une affaire devant un tribunal. Ses antécédents de malhonnêteté chronique, conjugués aux contradictions relevées dans son témoignage, en font certainement un témoin moins que crédible. S'il est un

unsafe to rely as the basis for a conviction, C. must be that witness. However, factors going beyond C.'s credibility should also have prevented the trial judge from using C.'s evidence to corroborate that of E. Perhaps the greatest impediment to any possible "corroborative value" in C.'s evidence concerns the manner in which he came forward with his claims against the appellant.

When the police investigation into the Mount Cashel affair was reopened, C., like many Mount Cashel residents, was contacted by police who sought to determine whether or not he knew anything that could help the investigation. C. refused to speak with the police, claiming that he had nothing to say regarding the Christian Brothers. It was not until July 1989 that C. first came forward with his allegations of abuse at the hands of the accused.

According to the evidence given at trial, C.'s sudden urge to come forward with his claims was prompted by a call from Harry Kopyto, a lawyer who at the time was a member of the bar in Ontario. Mr. Kopyto had already been retained by E. for the purpose of carrying out a civil action against the accused. C.'s "strikingly similar" accounts of abuse at the hands of the appellant did not arise until after he had been contacted by Kopyto, giving rise to the strong possibility that C. had been informed of the facts alleged by E. prior to coming forward with his story. C. also had the opportunity of learning the details of E.'s claims through the media, as at least one local newspaper had graphically described E.'s account of the "chicken pox incident". As a result, there was clearly a possibility that C. merely parroted E.'s widely reported claims, or tailored his evidence to coincide with that of E. as a result of conversations with their common lawyer Kopyto. There was no finding by the trial judge excluding the latter possibility.

Notwithstanding the many weaknesses in the evidence given by C., the trial judge found C. to be a credible witness. According to the trial judge,

témoin sur la déposition duquel il est risqué de fonder une déclaration de culpabilité, c'est bien C. Cependant, d'autres facteurs allant au-delà de la crédibilité de C. auraient dû également dissuader le juge du procès de se servir du témoignage de C. pour corroborer celui de E. C'est peut-être en raison surtout de la manière dont il a fait ses allégations contre l'appellant que le témoignage de C. perd toute «valeur corroborante».

Lors de la réouverture de l'enquête policière sur les activités de Mount Cashel, la police a communiqué avec C., en plus de nombreux autres pensionnaires de Mount Cashel, pour tenter de déterminer s'il savait quoi que ce soit qui puisse faire avancer l'enquête. C. a refusé de parler à la police, affirmant qu'il n'avait rien à dire concernant les frères des Écoles chrétiennes. Ce n'est qu'en juillet 1989 que C. a allégué, pour la première fois, avoir été victime d'abus de la part de l'accusé.

Suivant son témoignage au procès, C. a soudainement ressenti le besoin de faire ses allégations à la suite d'un appel de Harry Kopyto, un avocat qui, à l'époque, était membre du barreau de l'Ontario. E. avait déjà retenu les services de M<sup>e</sup> Kopyto aux fins d'intenter une action au civil contre l'accusé. C. a fait un récit, d'une «ressemblance frappante», des abus dont il avait été victime de la part de l'appellant, seulement après que Kopyto eut communiqué avec lui, d'où la forte possibilité que C. ait été informé des faits allégués par E. avant de donner sa version des faits. C. avait également eu l'occasion de prendre connaissance des détails des allégations de E. grâce aux médias puisqu'au moins un journal de l'endroit avait publié en détail le récit de E. concernant l'«incident de la varicelle». Par conséquent, il était manifestement possible que C. n'ait fait que répéter les allégations largement diffusées de E., ou que, par suite de conversations tenues avec leur avocat commun Kopyto, il ait adapté son témoignage de manière à le faire concorder avec celui de E. Le juge du procès n'a tiré aucune conclusion excluant cette dernière possibilité.

En dépit des nombreuses faiblesses du témoignage de C., le juge du procès a conclu que ce dernier était un témoin crédible. Selon le juge du pro-

34

35

36

C.'s "impreciseness respecting dates" did not "lessen his credibility" (p. 298). In addition, the trial judge found that C.'s past dishonesty did not bring C.'s credibility into question. As a result, the trial judge accepted C.'s evidence and found it to corroborate the evidence of E. in respect of the "ointment incident". The accused was therefore convicted of having indecently assaulted both complainants. It is significant that the trial judge was not prepared to accept E.'s evidence except in respect of the one incident which was, in her view, corroborated by C.

cès, [TRADUCTION] «l'imprécision [de C.] concernant les dates» n'a pas «min[é] sa crédibilité» (p. 298). En outre, le juge du procès a conclu que la malhonnêteté dont C. avait fait preuve dans le passé ne mettait pas en cause sa crédibilité. En conséquence, elle a accepté le témoignage de C. et conclu qu'il corroborait celui de E. relativement à l'«incident de la pommade». L'accusé a, par conséquent, été déclaré coupable d'attentat à la pudeur contre les deux plaignants. Il est significatif que le juge du procès n'ait pas été disposée à accepter le témoignage de E., sauf relativement à l'incident qui, à son avis, était corroboré par C.

37 In my view, the obvious inconsistencies and falsehoods in the testimony of C. render the trial judge's finding of credibility unreasonable. I simply cannot accept that any trier of fact, acting judicially, could have found any merit in the claims of either C. or E. Moreover, given the frailties in the evidence of these two witnesses and the strong possibility of collusion, reliance by the trial judge on the evidence of C. to corroborate E.'s testimony was unreasonable.

À mon avis, les contradictions et les faussetés évidentes dans le témoignage de C. rendent déraisonnable la conclusion à la crédibilité que le juge du procès a tirée. Je ne puis tout simplement pas admettre qu'un juge des faits, agissant de manière judiciaire, aurait pu reconnaître quelque bien-fondé aux prétentions de C. ou de E. De plus, étant donné les faiblesses de leur témoignage et la forte possibilité qu'il y ait eu collusion, il était déraisonnable que le juge du procès se serve du témoignage de C. pour corroborer celui de E.

38 In finding that there was no collaboration between the complainants C. and E., the trial judge stressed the fact that C. had never had access to the newspaper reports in which E.'s statements had appeared. Because there was nothing in the evidence to suggest that C. had learned the details of E.'s allegations through the media, the trial judge held that C.'s account of abuse had not been tainted by prior knowledge of the statements made by E. With respect, this ignores the possibility that C. may have learned the details of E.'s story through contact with their common lawyer, Harry Kopyto. The trial judge appears to have failed to notice that both complainants had been in contact with Kopyto. Without referring to the obvious possibility of contact through a common lawyer, the trial judge took the view that there was "no evidence that prior to [S.E.] or [D.C.] making their respective complaints to the police there was any contact between the two" (p. 300). Clearly, contact between the complainants and Harry Kopyto constitutes evidence of possible contact between the

En concluant qu'il n'y a eu aucune collaboration entre les plaignants C. et E., le juge du procès a souligné que C. n'avait jamais eu accès aux articles de journaux dans lesquels les déclarations de E. avaient été publiées. Parce que rien, dans le témoignage, ne laissait entendre que C. avait pris connaissance des détails des allégations de E. grâce aux médias, le juge du procès a conclu que le récit que C. avait fait au sujet des abus dont il aurait été victime n'avait pas été vicié par le fait qu'il était déjà au courant des déclarations de E. En toute déférence, cela ne tient pas compte de la possibilité que C. ait appris les détails de la version de E. grâce à ses contacts avec leur avocat commun, Harry Kopyto. Le juge du procès ne paraît pas avoir remarqué que les deux plaignants avaient été en contact avec Kopyto. Sans mentionner la possibilité évidente qu'ils soient entrés en contact par l'intermédiaire de leur avocat commun, le juge du procès s'est dite d'avis qu'il n'y avait [TRADUCTION] «aucune preuve que [S.E.] et [D.C.] [étaient] entrés en contact avant de déposer leurs plaintes

complainants, or at least the possibility that C. was exposed to the details of E.'s allegations. Obviously, this raises a risk or possibility that C.'s claims against the accused arose from his knowledge of the statements made by E.

There is a considerable body of authority to the effect that when an issue of the possibility of collusion or collaboration is raised, evidence of similar acts should not be admitted absent a finding by the trial judge that there is no real possibility of collusion or collaboration. See *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at pp. 364-65, and *Hoch v. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292 (H.C. Austr.).

In *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), at p. 444, Lord Wilberforce stated that where a real possibility of collusion can be found:

... something much more than mere similarity and absence of proved conspiracy is needed if this evidence is to be allowed. This is well illustrated by *Reg. v. Kilbourne* [1973] A.C. 529 where the judge excluded "intra group" evidence because of the possibility, *as it appeared to him*, of collaboration between boys who knew each other well. This is, in my respectful opinion, the right course rather than to admit the evidence unless a case of collaboration or concoction is made out. [Emphasis in original.]

As a result of its more recent decisions in *Director of Public Prosecutions v. P.*, [1991] 2 A.C. 447, and *R. v. H.*, [1995] 2 A.C. 596, the House of Lords is now of the view that, generally, the possibility of collusion is not a factor to be applied by the trial judge in determining the admissibility of this type of evidence. This Court has not decided the question although it was my view in my dissent in *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, that before similar fact evidence is admitted, the risk of collusion must be negated by a finding by the trial

respectives à la police» (p. 300). Il est clair que le fait que les plaignants soient entrés en contact avec Harry Kopyto établit la possibilité que les plaignants aient été en contact, ou à tout le moins que C. ait eu connaissance des détails des allégations de E. De toute évidence, il en résulte un risque ou une possibilité que C. ait fait les allégations contre l'accusé après avoir pris connaissance des déclarations de E.

Il existe une jurisprudence et une doctrine abondantes voulant que, lorsque la question d'une possibilité de collusion ou de collaboration se pose, il n'y ait pas lieu d'admettre une preuve d'actes similaires si le juge du procès n'a pas conclu à l'absence de possibilité réelle de collusion ou de collaboration. Voir *Cross on Evidence* (7<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 364 et 365, et *Hoch c. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292 (H.C. Austr.).

Dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), à la p. 444, lord Wilberforce affirme que lorsqu'on peut conclure à l'existence d'une possibilité réelle de collusion:

[TRADUCTION] ... il faut beaucoup plus qu'une simple similitude et une absence de preuve de complot pour que cette preuve soit admise. Cela ressort clairement de l'arrêt *Reg. c. Kilbourne* [1973] A.C. 529 dans lequel le juge a écarté la preuve «provenant de l'intérieur du groupe» en raison de la possibilité, *telle qu'il la percevait*, de collaboration entre des garçons qui se connaissaient bien. À mon avis, il s'agit là de la bonne façon de procéder plutôt que d'admettre la preuve sauf lorsque la collaboration ou le complot sont établis. [En italique dans l'original.]

À la suite de ses arrêts plus récents *Director of Public Prosecutions c. P.*, [1991] 2 A.C. 447, et *R. c. H.*, [1995] 2 A.C. 596, la Chambre des lords est maintenant d'avis qu'en général la possibilité de collusion n'est pas un facteur que le juge du procès doit prendre en considération pour décider de l'admissibilité de ce genre de preuve. Notre Cour n'a pas tranché la question, bien que j'aie exprimé l'opinion, dans mes motifs de dissidence dans l'arrêt *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, que pour que la preuve de faits similaires soit admise, le ris-

39

40

41

judge. The majority did not express an opinion on the point.

42

The appellant did not contest the mutual admissibility of the evidence of E. and C. in respect of the counts relating to each. It is therefore not appropriate for this Court to attempt to resolve this difficult legal question in this case. But, assuming the evidence is admissible, the question arises as to what weight, if any, ought to have been given to it as corroborative evidence.

43

This question was considered by the House of Lords in *R. v. H.*, *supra*. The appellant was charged in separate counts with sexual offences committed upon his adopted daughter and step-daughter respectively. There existed sufficient similarity between the evidence of the two complainants to meet this requirement for admission as similar act evidence. Admissibility was, however, contested on the ground that a real possibility of collusion existed. The trial judge directed the jury that, if they were sure that the complainants had not collaborated, then the evidence of one of them could corroborate that of the other. The House of Lords dismissed an appeal from a judgment upholding the charge. Lord Mackay of Clashfern L.C. stated, at p. 612, that where a question of

collusion has been raised the judge must clearly draw the importance of collusion to the attention of the jury and leave it to them to decide whether, notwithstanding such evidence of collusion as may have been put before them, they are satisfied that the evidence can be relied upon as free from collusion and tell them that if they are not so satisfied they cannot properly rely upon it as corroboration or for any other purpose adverse to the defence.

44

Lord Lloyd of Berwick and Lord Nicholls of Birkenhead agreed with Lord Mackay. Lord Griffiths and Lord Mustill would apparently have left it to the jury to determine what weight, if any, should be given to the evidence. The majority reasons of Lord Mackay would, therefore, leave it to the jury to decide as a preliminary question of fact

que de collusion doit être dissipé par une conclusion du juge du procès. Les juges majoritaires ne se sont pas exprimés sur ce point.

L'appelant n'a pas contesté l'admissibilité réciproque des témoignages de E. et de C. relativement aux chefs qui les concernaient respectivement. Il ne convient donc pas que notre Cour tente de résoudre cette épineuse question juridique en l'es-pèce. Toutefois, si l'on tient pour acquis que ces témoignages sont admissibles, il faut alors déterminer quel poids, le cas échéant, aurait dû leur être accordé à titre de preuve corroborante.

Cette question a été examinée par la Chambre des lords dans l'arrêt *R. c. H.*, précité. L'appelant avait été accusé, dans des chefs distincts, d'avoir commis des infractions d'ordre sexuel sur sa fille adoptive et sa belle-fille respectivement. Il existait suffisamment de similitude entre le témoignage des deux plaignantes pour satisfaire à cette condition d'admission en tant que preuve d'actes similaires. L'admissibilité a, toutefois, été contestée pour le motif qu'il y avait possibilité réelle de collusion. Le juge du procès a dit aux membres du jury que, s'ils étaient certains que les plaignantes n'avaient pas collaboré, le témoignage de l'une pourrait alors corroborer celui de l'autre. La Chambre des lords a rejeté un appel du jugement qui maintenait l'exposé au jury. Le lord chancelier Mackay of Clashfern affirme, à la p. 612, que lorsqu'une question de

[TRADUCTION] collusion a été soulevée, le juge doit clairement attirer l'attention du jury sur l'importance de la collusion, et lui laisser le soin de décider si, en dépit de cette preuve de collusion qui peut lui avoir été soumise, il est convaincu que l'on peut considérer que la preuve n'est pas le fruit d'une collusion, et lui signaler que s'il n'en est pas convaincu, il ne peut régulièrement se servir de cette preuve à titre de corroboration ou à toute autre fin défavorable à la défense.

Lord Lloyd of Berwick et lord Nicholls of Birkenhead étaient d'accord avec lord Mackay. Lord Griffiths et lord Mustill auraient apparemment laissé au jury le soin de déterminer quel poids, le cas échéant, il y avait lieu d'accorder à la preuve. Par conséquent, suivant les motifs majoritaires de lord Mackay, il appartiendrait au jury de décider, à

whether the evidence is tainted by collusion. If the answer is in the affirmative, the evidence must be disregarded. This would in effect leave it to the jury to decide whether the evidence was admissible. While unusual, a similar approach has been approved by this Court in relation to the co-conspirator exceptions to the hearsay rule. See *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938. See also *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653. The more conventional approach adopted by Lords Griffiths and Mustill is that once the trial judge decides that the evidence is admissible, it is the trier of fact who determines what weight, if any, is to be given to the evidence having regard to all the circumstances, including the possibility of collusion.

For the purposes of this appeal, it is not necessary to choose between the two approaches referred to above. On the assumption that the evidence is admissible, I am prepared to adopt the more conventional approach which would leave it to the trier of fact to determine what weight, if any, is to be given to evidence that is alleged to have been concocted by means of collusion or collaboration. Under this approach, the trier of fact is obliged to consider the reliability of the evidence having regard to all the circumstances, including the opportunities for collusion or collaboration to concoct the evidence and the possibility that these opportunities were used for such a purpose.

The evidence of C. relating to the "chicken pox" incident was the sole basis for the conviction of the appellant on the counts relating to both E. and C. In view of the crucial importance assigned by the trial judge to this evidence, it was incumbent on the trial judge to scrutinize this evidence with special care. It was, therefore, important for the trial judge to consider any circumstances which affected the reliability of the evidence. I have concluded that the failure by the trial judge to consider the possibility of collusion or collaboration arising out of the Kopyto connection, when assessed in light of the other frailties in C.'s evidence, rendered unreasonable the convictions relating to the sexual assaults on E. and C.

titre de question de fait préliminaire, si la preuve est viciée par une collusion. Dans l'affirmative, la preuve doit être écartée. Cela reviendrait, en fait, à laisser au jury le soin de décider de l'admissibilité de la preuve. Quoique inhabituel, un point de vue semblable a été approuvé par notre Cour relativement à l'exception du coauteur d'un complot à la règle du oui-dire. Voir *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938. Voir également *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653. Suivant le point de vue plus conventionnel adopté par lord Griffiths et lord Mustill, dès que le juge du procès conclut à l'admissibilité de la preuve, il appartient au juge des faits de décider quel poids, le cas échéant, il y a lieu de lui accorder compte tenu de toutes les circonstances, dont la possibilité de collusion.

Aux fins du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de faire un choix entre les deux points de vue susmentionnés. En tenant pour acquis que la preuve est admissible, je suis disposé à adopter le point de vue plus conventionnel qui laisserait au juge des faits le soin de décider quel poids, le cas échéant, il y a lieu d'accorder à la preuve qui aurait été fabriquée par suite d'une collusion ou d'une collaboration. Suivant ce point de vue, le juge des faits est tenu d'apprécier la fiabilité de la preuve en fonction de toutes les circonstances, dont les occasions de fabriquer une preuve par suite d'une collusion ou d'une collaboration, et la possibilité que ces occasions aient servi à cette fin.

Seul le témoignage de C. relativement à l'incident de la «varicelle» a été utilisé pour déclarer l'appelant coupable quant aux chefs concernant à la fois E. et C. Compte tenu de l'importance cruciale qu'elle a accordée à ce témoignage, le juge du procès était tenu de l'examiner minutieusement. Il était donc important qu'elle examine toutes les circonstances influant sur sa fiabilité. J'ai conclu que, compte tenu des autres faiblesses du témoignage de C., l'omission du juge du procès de considérer la possibilité de collusion ou de collaboration découlant du lien avec Kopyto a rendu déraisonnables les déclarations de culpabilité relatives aux accusations d'agression sexuelle contre E. et C.

47

I have already referred to the other frailties in C.'s evidence. The trial judge excused as mere impreciseness the fact that both in chief and on cross-examination C. swore that the incident took place at a time when the appellant could not have committed the act. The version espoused by the trial judge was apparently proffered only after this awkward fact was drawn to C.'s attention. Even then the extent of the evidence of C. which was accepted in preference to his sworn recollection was "I think I was nine or ten". In evaluating the import of this inconsistency, the trial judge did not refer to the fact that C.'s evidence was proved to be faulty in respect of the incident referred to above in which he alleged that Burke forced him to assault another boy. Nor was any reference made to his refusal to speak to the police claiming he had nothing to say. On the basis of this exceedingly generous assessment of the uncorroborated evidence of a chronic and convicted thief, the trial judge convicted the appellant of indecent assault on E. and on C. The trial judge found that in other respects E.'s evidence could not be accepted and dismissed other allegations made by him as merely raising suspicions or probabilities. E.'s evidence was not even considered to be corroborative of C.'s in respect of the "ointment incident".

48

The appellant testified and denied that the alleged sexual assaults took place. The appellant was not cross-examined on his denials of the allegations. As well, he called impressive character evidence from former students and residents of Mount Cashel, including supportive character evidence from E.'s brother, W. This evidence was summarily dismissed. The trial judge's sole reference to this evidence was as follows:

As must be clear, I have generally rejected the denial of Joseph Burke. He is an intelligent man who, for some children, had been an important teacher, guide, and role model. They will, no doubt, be shocked that I can reject the evidence of such a person, or that it has not raised a

J'ai déjà mentionné les autres faiblesses du témoignage de C. Le juge du procès a qualifié de simple imprécision le fait que, tant dans l'interrogatoire principal que, dans le contre-interrogatoire, C. a juré que l'incident s'était produit à un moment où l'appelant n'aurait pas pu commettre l'acte en question. La version que le juge du procès a retenue n'a apparemment été exposée qu'après que ce fait embarrassant eut été porté à l'attention de C. Même alors, la partie du témoignage de C. qui a été retenue de préférence au souvenir dont il a fait état sous serment est celle-ci: [TRADUCTION] «je crois [ . . . ] que j'avais neuf ou dix ans». Dans son appréciation de l'importance de cette contradiction, le juge du procès n'a pas mentionné que le témoignage de C. s'était révélé faux relativement à l'incident mentionné précédemment, au cours duquel Burke l'aurait contraint d'agresser un autre garçon. Elle n'a pas non plus mentionné que C. avait refusé de parler à la police en faisant valoir qu'il n'avait rien à dire. C'est en fonction de cette évaluation excessivement généreuse du témoignage non corroboré d'un voleur chronique et reconnu coupable que le juge du procès a déclaré l'appelant coupable d'attentat à la pudeur contre E. et C. Elle a conclu qu'à d'autres égards le témoignage de E. ne pouvait être accepté, et a rejeté les autres allégations qu'il avait faites pour le motif qu'elles généraient simplement des soupçons ou des probabilités. Elle n'a même pas considéré que le témoignage de E. corroborait celui de C. relativement à l'«incident de la pommade».

L'appelant a, dans son témoignage, nié l'existence des agressions sexuelles alléguées. Il n'a pas été contre-interrogé sur ces dénégations. Il a également produit une impressionnante preuve de moralité par l'entremise d'anciens étudiants et pensionnaires de Mount Cashel, dont un témoignage de bonne moralité de la part de W., le frère de E. Ce témoignage a été rejeté sommairement. La seule mention de ce témoignage par le juge du procès est la suivante:

[TRADUCTION] Comme il est sans doute évident, j'ai de façon générale rejeté la dénégation de Joseph Burke. C'est un homme intelligent qui, pour certains enfants, a joué un rôle important à titre d'enseignant, de guide et de modèle. Ils seront certainement bouleversés de cons-

reasonable doubt in my mind. The simple fact is that citizens who, for years may live exemplary lives, may commit crimes, even the types of crimes alleged in this case.

#### V. K.L.

The final count of indecent assault for which Mr. Burke was convicted arose from the somewhat bizarre testimony of L., another former resident of Mount Cashel. According to L., Burke would often punish him by “hauling” him into a private office, forcing him to undress and pinching his armpits. In addition, L. claimed that Burke would sometimes fondle his penis. As these incidents were alleged to have taken place in a private office, they were not subject to verification by other witnesses.

According to Gushue J.A. of the Newfoundland Court of Appeal, the evidence given by L. was “too bizarre to accept” without some collateral verification. In Gushue J.A.’s opinion:

... given the nature of the evidence of K.L. and all the circumstances, one has to feel that it would be dangerous, and unjust to the accused, to allow this conviction to stand.

((1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191, at p. 215.)

It would appear that Gushue J.A.’s concerns regarding L.’s evidence resulted from the rather curious nature of the assaults that L. described. In addition, Gushue J.A. appeared to be concerned that the scabs allegedly left under L.’s arms as a result of the assaults were never observed by other residents of Mount Cashel, despite the common use of communal showers within the orphanage. I agree that these circumstances cause great concern about the reliability of the evidence given by L. This unease is substantially magnified when considered in connection with the manner in which L. purported to identify the appellant.

During the course of the trial, L. was given a photograph which he identified as Burke. How-

tater que je rejette le témoignage d’une telle personne, ou que ce témoignage n’a suscité aucun doute raisonnable dans mon esprit. Le fait est simplement qu’il peut arriver que des citoyens qui mènent une vie exemplaire pendant des années commettent des crimes, même le genre de crimes allégués en l’espèce.

#### V. K.L.

Le dernier chef d’attentat à la pudeur relativement auquel M. Burke a été déclaré coupable a résulté du témoignage quelque peu étrange de L., un autre ancien pensionnaire de Mount Cashel. Selon L., Burke le punissait fréquemment en le «traînant» dans un bureau privé, pour ensuite le forcer à se dévêtir et lui pincer les aisselles. L. a, de plus, allégué que Burke lui caressait parfois le pénis. Comme on avait allégué que ces incidents s’étaient produits dans un bureau privé, ils n’ont pas été confirmés par d’autres témoins.

Selon le juge Gushue de la Cour d’appel de Terre-Neuve, le témoignage de L. était [TRADUCTION] «trop étrange pour être accepté» sans plus. De l’avis du juge Gushue:

[TRADUCTION] ... compte tenu de la nature du témoignage de K.L. et de toutes les circonstances, on se doit d’avoir le sentiment qu’il serait dangereux et injuste pour l’accusé de permettre que cette déclaration de culpabilité subsiste.

((1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191, à la p. 215.)

Il semblerait que les préoccupations du juge Gushue concernant le témoignage de L. découlaient de la nature plutôt étrange des agressions décrites par L. En outre, le juge Gushue a paru préoccupé par le fait que, en dépit de l’utilisation courante des douches communautaires dans l’orphelinat, aucun autre pensionnaire de Mount Cashel n’avait jamais remarqué les escarres que L. aurait eues aux aisselles par suite des agressions en cause. Je conviens que ces circonstances suscitent un doute énorme quant à la fiabilité du témoignage de L. Ce malaise s’accroît considérablement lorsqu’on l’examine par rapport à la manière dont L. a prétendu identifier l’appellant.

Au cours du procès, on a remis à L. une photographie sur laquelle il a reconnu Burke. Or, per-



ever, L. was never asked to identify the appellant during the trial. No explanation has been given why this standard method of identification was not employed in this case. This raises the question whether L. would have been able to identify the appellant in person. In my view, photographic identification is most unsatisfactory in cases such as this, where the events in question are alleged to have occurred many years before the trial. The dangerous nature of photographic identification in such cases can be demonstrated by the evidence of another Mount Cashel resident, D.T. Like L., T. was shown a series of photographs and identified a photo of the accused as a picture of his assailant. Further evidence made it clear that Mr. Burke could not have been the individual who had assaulted T. The use of photographic identification had led T. to incorrectly identify the appellant.

sonne n'a jamais demandé à L. d'identifier l'appellant au cours du procès. Aucune explication n'a été donnée sur la raison pour laquelle cette méthode normale d'identification n'a pas été utilisée en l'espèce. Se pose donc la question de savoir si L. aurait été en mesure d'identifier l'appellant en personne. À mon avis, l'identification à l'aide d'une photographie est très insatisfaisante lorsque, comme en l'espèce, les événements en question se seraient produits de nombreuses années avant le procès. Le témoignage d'un autre pensionnaire de Mount Cashel, D.T., permet de constater le danger de l'identification à l'aide de photographies dans de tels cas. À l'instar de L., T., à qui on avait remis une série de photographies, a déclaré que l'homme qui figurait sur l'une d'elles, à savoir l'accusé, était son agresseur. Une autre preuve établissait clairement que M. Burke ne pouvait pas avoir été celui qui avait agressé T. Le recours à l'identification à l'aide de photographies avait amené T. à identifier incorrectement l'appellant.

The cases are replete with warnings about the casual acceptance of identification evidence even when such identification is made by direct visual confrontation of the accused. By reason of the many instances in which identification has proved erroneous, the trier of fact must be cognizant of "the inherent frailties of identification evidence arising from the psychological fact of the unreliability of human observation and recollection": *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358 (C.A.), at p. 368. In *R. v. Spatola*, [1970] 3 O.R. 74 (C.A.), Laskin J.A. (as he then was) made the following observation about identification evidence (at p. 82):

La jurisprudence regorge de mises en garde contre l'acceptation fortuite d'une preuve d'identification, même lorsque cette identification est faite par confrontation visuelle directe de l'accusé. En raison de l'existence de nombreux cas où l'identification s'est révélée erronée, le juge des faits doit être conscient des [TRADUCTION] «faiblesses inhérentes de la preuve d'identification qui découlent de la réalité psychologique selon laquelle l'observation et la mémoire humaines ne sont pas fiables»: *R. c. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358 (C.A.), à la p. 368. Dans *R. c. Spatola*, [1970] 3 O.R. 74 (C.A.), le juge Laskin (plus tard Juge en chef de notre Cour) fait observer ce qui suit au sujet de la preuve d'identification (à la p. 82):

Errors of recognition have a long documented history. Identification experiments have underlined the frailty of memory and the fallibility of powers of observation. Studies have shown the progressive assurance that builds upon an original identification that may be erroneous . . . . The very question of admissibility of identification evidence in some of its aspects has caused sufficient apprehension in some jurisdictions to give pause to uncritical reliance on such evidence, when admitted, as the basis of conviction . . . . [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Les erreurs de reconnaissance ont un long passé documenté. Les expériences en matière d'identification ont fait ressortir la fragilité de la mémoire et la faillibilité des pouvoirs d'observation. Des études ont démontré l'assurance qui se bâtit progressivement à partir d'une identification initiale qui peut être erronée [. . .] La question même de l'admissibilité de la preuve d'identification, sous certains de ses aspects, a généré suffisamment de crainte dans certains ressorts pour qu'on hésite avant de s'en remettre aveuglément à une telle preuve, lorsqu'elle est admise, pour prononcer une déclaration de culpabilité . . . [Je souligne.]

The trial judge made no comment on the frailty of the identification evidence other than the general statement that she found L.'s evidence credible and accepted it. No reference is made to the fact that the appellant was not identified in court and that no explanation for failure to ask L. to do so was given. No reference is made to the erroneous identification made by T. using the photograph of the appellant. Given the unsatisfactory nature of L.'s evidence in general, this uncritical reliance on the unorthodox identification evidence renders the conviction unreasonable. Pursuant to s. 686(1)(a)(i), I would quash the conviction.

#### VI. Conclusion and Disposition

For each of the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and quash the convictions for indecent assault upon the complainants E., C. and L. With respect to the conviction for assault causing bodily harm, I would dismiss the appeal for the reasons given by the Newfoundland Court of Appeal.

*Appeal allowed with respect to the convictions for indecent assault. Appeal dismissed with respect to the conviction for assault causing bodily harm.*

*Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: The Department of Justice, St. John's.*

Le juge du procès n'a fait aucun commentaire sur la faiblesse de la preuve d'identification, si ce n'est sa déclaration générale qu'elle jugeait crédible le témoignage de L. et l'acceptait. Elle n'a pas mentionné le fait que l'appellant n'a pas été identifié en cour et qu'on n'a pas expliqué la raison pour laquelle L. n'avait pas été requis de le faire. Il n'y a aucune mention de l'identification erronée que T. a faite à l'aide de la photographie de l'appellant. Étant donné la nature insatisfaisante du témoignage de L. en général, le fait qu'on s'en soit remis aveuglément à cette preuve d'identification hétérodoxe rend la déclaration de culpabilité déraisonnable. Conformément au sous-al. 686(1)a(i), je suis d'avis d'annuler la déclaration de culpabilité.

#### VI. Conclusion et dispositif

Pour chacun des motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et d'annuler les déclarations de culpabilité d'attentat à la pudeur contre les plaignants E., C. et L. En ce qui concerne la déclaration de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles, je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs exposés par la Cour d'appel de Terre-Neuve.

*Pourvoi accueilli en ce qui concerne les déclarations de culpabilité d'attentat à la pudeur. Pourvoi rejeté pour ce qui est de la déclaration de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles.*

*Procureurs de l'appellant: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, St. John's.*