

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Marvin Sazant *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SAZANT

Neutral citation: 2004 SCC 77.

File No.: 30079.

2004: June 16; 2004: November 19.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Preliminary inquiry — Jurisdiction — Certiorari — Preliminary inquiry judge discharging accused — Whether preliminary inquiry judge failed to consider “the whole of the evidence” as prescribed by Criminal Code — If so, whether such failure constitutes jurisdictional error — Scope of review on certiorari of decision of preliminary inquiry judge to discharge accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 548(1)(b).

The accused was charged with historical sexual offences, two of which were indecent assault and gross indecency against the complainant when the complainant was between the ages of 14 and 16. At the time, the age of consent was 14. At the preliminary inquiry, the complainant stated in reply to questions from Crown counsel that the activity was not something he wanted to be involved in, engaged in, or doing. On the count of indecent assault, the preliminary inquiry judge held that the Crown had to adduce some evidence that the complainant did not consent, and found that there was no evidence of non-consent. With respect to the count of gross indecency, he held that an absence of evidence of non-consent was a factor to consider and that a reasonable jury properly instructed could not find that the activity was grossly indecent. The accused was discharged on both counts. The Crown successfully applied for *certiorari* and the reviewing judge ordered the accused to stand trial on both counts. The Court of Appeal restored

EDITOR'S NOTE: There is an order prohibiting the broadcast or the publication in a newspaper of the evidence taken at the preliminary inquiry pursuant to s. 539(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Marvin Sazant *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. SAZANT

Référence neutre : 2004 CSC 77.

N° du greffe : 30079.

2004 : 16 juin; 2004 : 19 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

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

Droit criminel — Enquête préliminaire — Compétence — Certiorari — Juge de l'enquête préliminaire libérant l'accusé — Le juge de l'enquête préliminaire a-t-il omis d'examiner l'ensemble de la preuve comme l'exige le Code criminel? — Dans l'affirmative, cette omission constitue-t-elle une erreur de compétence? — Portée de la révision par voie de certiorari de la décision du juge de l'enquête préliminaire de libérer l'accusé — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 548(1)(b).

L'accusé a été inculpé d'anciennes infractions d'ordre sexuel — dont une d'attentat à la pudeur et l'autre de grossière indécence — commises contre le plaignant alors que celui-ci avait entre 14 et 16 ans. À l'époque, l'âge du consentement était de 14 ans. À l'enquête préliminaire, le plaignant a répondu à l'avocat du ministère public qu'il n'avait pas voulu participer ou se livrer aux actes en cause, ni les accomplir. En ce qui concerne l'accusation d'attentat à la pudeur, le juge de l'enquête préliminaire a conclu que le ministère public devait produire des éléments de preuve de non-consentement du plaignant et que rien ne prouvait l'absence de consentement. Quant à l'accusation de grossière indécence, il a déterminé que l'absence de preuve de non-consentement devait être prise en considération et qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées ne pourrait pas conclure que l'activité en question constituait de la grossière indécence. L'accusé a été libéré relativement aux deux chefs d'accusation. Le ministère public a demandé et obtenu un *certiorari*,

NOTE DE L'ARRÊTISTE : Une ordonnance fondée sur le par. 539(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, interdit de publier dans un journal ou de révéler dans une émission la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire.

the discharge order, holding that the discharge was not subject to review on *certiorari* because the preliminary inquiry judge had erred within his jurisdiction.

Held (Bastarache and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The discharge order should be set aside and the matter remitted to the preliminary inquiry judge.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ.: When the decision of a preliminary inquiry judge to discharge an accused is challenged by way of *certiorari*, the reviewing court should intervene only if the judge committed a jurisdictional error. Pursuant to s. 548(1)(b) of the *Criminal Code*, a preliminary inquiry judge shall discharge an accused if, in his opinion, on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial. The preliminary inquiry judge correctly stated the test for committal in this case but erroneously concluded that there was no evidence of non-consent. The complainant's testimony that he did not want to take part in the sexual activity constitutes direct evidence of lack of consent. In discharging the accused without considering the whole of the evidence, the preliminary inquiry judge exceeded his jurisdiction, and his decision was accordingly subject to review on *certiorari*.

This is not a case where the sufficiency of the evidence is in issue, because the preliminary inquiry judge held that there was absolutely no evidence of non-consent. Whether the judge misunderstood the elements of the offences and gave effect to a non-existent defence, preferred an inference favourable to the accused over an inference favourable to the Crown, or simply overlooked the evidence of non-consent, however his reasons are interpreted, he misconstrued the nature of his task under s. 548 and exceeded his jurisdiction.

Per Bastarache and Fish JJ. (dissenting): The decision of the justice at the preliminary inquiry raises no jurisdictional issues. Absence of consent by the complainant was an essential element of one offence and an important element of the other. In the justice's opinion, there was no evidence capable of supporting a reasonable finding of non-consent with respect to one of the complainants. He therefore discharged the accused on the counts relating to that complainant. The justice erred as to the sufficiency of the evidence but this error was not subject

et le juge ayant examiné la demande a renvoyé l'accusé pour qu'il subisse son procès relativement aux deux chefs d'accusation. La Cour d'appel a rétabli l'ordonnance de libération, concluant que la libération n'était pas susceptible de révision par voie de *certiorari* étant donné que l'erreur commise par le juge de l'enquête préliminaire se situait dans les limites de sa compétence.

Arrêt (les juges Bastarache et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance de libération est annulée et l'affaire est renvoyée devant le juge de l'enquête préliminaire.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps : Lorsque la décision du juge d'une enquête préliminaire de libérer un accusé est contestée par voie de *certiorari*, la cour qui examine la demande de révision ne doit intervenir que si le juge a commis une erreur de compétence. Aux termes de l'al. 548(1)(b) du *Code criminel*, le juge de l'enquête préliminaire doit libérer l'accusé si, à son avis, la preuve n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès. En l'espèce, le juge de l'enquête préliminaire a énoncé correctement le critère applicable en matière de renvoi à procès, mais il a eu tort de conclure que rien ne prouvait l'absence de consentement. Le témoignage du plaignant selon lequel il ne voulait pas participer aux actes sexuels prouve directement l'absence de consentement. En libérant l'accusé sans avoir examiné l'ensemble de la preuve, le juge de l'enquête préliminaire a outrepassé sa compétence, et sa décision était donc susceptible de révision par voie de *certiorari*.

Le caractère suffisant de la preuve n'est pas en cause dans la présente affaire étant donné que le juge de l'enquête préliminaire a décidé qu'il n'y avait absolument aucune preuve de non-consentement. Peu importe qu'il ait identifié erronément les éléments constitutifs des infractions et qu'il ait retenu un moyen de défense qui n'en est pas un, qu'il ait préféré une inférence favorable à l'accusé à une inférence favorable au ministère public ou qu'il ait simplement passé sous silence la preuve de non-consentement, quelle que soit l'interprétation donnée à ses motifs, le juge a mal interprété la fonction que lui confie l'art. 548 et a outrepassé sa compétence.

Les juges Bastarache et Fish (dissidents) : La décision du juge de l'enquête préliminaire ne soulève aucune question de compétence. L'absence de consentement de la part du plaignant était, pour l'une des infractions, un élément constitutif et pour l'autre, un élément important. Selon le juge, il n'y avait aucun élément de preuve susceptible d'étayer une conclusion raisonnable de non-consentement dans le cas de l'un des plaignants. Il a donc libéré l'accusé à l'égard des chefs d'accusation relatifs à ce plaignant. Le juge a commis une erreur quant au

to review on *certiorari* since it was an error committed within the justice's jurisdiction. The justice did not overlook the evidence concerning consent. On the contrary, he considered the relevant evidence, directly and specifically, on at least two different occasions and he found it insufficient to establish non-consent. He erred, however, as to the legal effect of the complainant's evidence and mistakenly required proof of an objective manifestation of non-consent. This error of law cannot properly be characterized as jurisdictional and, like the sufficiency of the evidence, is not reviewable on *certiorari*.

The preliminary inquiry justice did not improperly weigh the evidence and choose between competing inferences. The evidence supports both an inference that the complainant did not wish to participate in the sexual activities and an inference that he regretted the activities. These are not alternative inferences. The function of the preliminary inquiry justice was to determine whether the evidence was capable of supporting a reasonable finding of non-consent. He concluded that it was not because he mistakenly applied an objective test, not because he improperly weighed competing inferences.

Cases Cited

By Major J.

Referred to: *R. v. Deschamplain*, [2004] 3 S.C.R. 601, 2004 SCC 76; *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Campbell* (1999), 155 O.A.C. 143.

By Bastarache and Fish JJ. (dissenting)

Skogman v. The Queen, [1984] 2 S.C.R. 93; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366; *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286; *Quebec (Attorney General) v. Girouard*, [1988] 2 S.C.R. 254.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 548(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Suppl.), s. 101(1)].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2003), 67 O.R. (3d) 481, 179 C.C.C. (3d) 1, 17 C.R. (6th) 194, 112 C.R.R. (2d) 46, 178

caractère suffisant de la preuve, mais cette erreur n'était pas susceptible de révision par voie de *certiorari* étant donné qu'elle se situait à l'intérieur de sa compétence. Le juge n'a pas passé sous silence la preuve relative au consentement. Au contraire, il a examiné directement et précisément la preuve pertinente à au moins deux reprises et il a estimé qu'elle était insuffisante pour établir l'absence de consentement. Il a cependant commis une erreur quant à l'effet juridique de la preuve du plaignant, et il a eu tort d'exiger une preuve de manifestation objective de non-consentement. Cette erreur ne saurait être qualifiée à juste titre d'erreur de compétence et, à l'instar du caractère suffisant de la preuve, elle n'est pas susceptible de révision par voie de *certiorari*.

Le juge de l'enquête préliminaire n'a pas évalué incorrectement des inférences opposées, ni choisi l'une de ces inférences plutôt que l'autre. La preuve étaye à la fois l'inférence que le plaignant ne souhaitait pas participer aux actes sexuels et celle que le plaignant a regretté ces actes. L'une n'exclut aucunement l'autre. Le juge de l'enquête préliminaire devait déterminer si la preuve pouvait étayer une conclusion raisonnable de non-consentement. Il a conclu qu'elle ne le pouvait pas parce qu'il a appliqué à tort un critère objectif et non parce qu'il a évalué incorrectement des inférences opposées.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés : *R. c. Deschamplain*, [2004] 3 R.C.S. 601, 2004 CSC 76; *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Campbell* (1999), 155 O.A.C. 143.

Citée par les juges Bastarache et Fish (dissidents)

Skogman c. La Reine, [1984] 2 R.C.S. 93; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366; *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *Québec (Procureur général) c. Girouard*, [1988] 2 R.C.S. 254.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 548(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 101(1)].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2003), 67 O.R. (3d) 481, 179 C.C.C. (3d) 1, 17 C.R. (6th) 194, 112 C.R.R. (2d) 46, 178

O.A.C. 1, [2003] O.J. No. 4001 (QL), reversing a decision of the Superior Court of Justice, [2002] O.J. No. 956 (QL), quashing an order of a preliminary inquiry judge discharging the accused on charges of indecent assault and gross indecency. Appeal allowed, Bastarache and Fish JJ. dissenting.

Jennifer Woollcombe, for the appellant.

J. Douglas Crane, Q.C., and *James C. Morton*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

1 This appeal, like its companion case, *R. v. Deschamplain*, [2004] 3 S.C.R. 601, 2004 SCC 76, concerns the scope of review on *certiorari* of the decision of a preliminary inquiry judge to discharge an accused. While the Ontario Court of Appeal acknowledged that the preliminary inquiry judge committed an error, that error was held not to constitute a jurisdictional error. I have reached a different conclusion. In my view, the preliminary inquiry judge exceeded his jurisdiction. His decision to discharge the respondent is therefore subject to review on *certiorari*. I would allow the appeal.

II. Facts

2 The respondent was charged with historical sexual offences, two of which were indecent assault and gross indecency against the complainant when he was between the ages of 14 and 16. At the time of the alleged offences, the age of consent was 14.

3 The respondent, a medical doctor, was an assistant coach of the complainant's basketball team. The complainant alleged that his relationship with the respondent began when he was 13 years old. He claimed that the respondent paid more attention to him than others, picked him up at school

O.A.C. 1, [2003] O.J. No. 4001 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure de justice, [2002] O.J. No. 956 (QL), annulant l'ordonnance du juge d'une enquête préliminaire libérant l'accusé relativement à des accusations d'attentat à la pudeur et de grossière indécence. Pourvoi accueilli, les juges Bastarache et Fish sont dissidents.

Jennifer Woollcombe, pour l'appelante.

J. Douglas Crane, c.r., et *James C. Morton*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

Le présent pourvoi et le pourvoi connexe, *R. c. Deschamplain*, [2004] 3 R.C.S. 601, 2004 CSC 76, concernent la portée de la révision par voie de *certiorari* de la décision du juge d'une enquête préliminaire de libérer l'accusé. Tout en reconnaissant que le juge de l'enquête préliminaire avait commis une erreur, la Cour d'appel de l'Ontario a toutefois décidé qu'il ne s'agissait pas d'une erreur de compétence. J'arrive à une conclusion différente. J'estime que le juge de l'enquête préliminaire a outrepassé sa compétence. Sa décision de libérer l'intimé est donc susceptible de révision par voie de *certiorari*. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Les faits

L'intimé a été accusé d'anciennes infractions d'ordre sexuel — dont une d'attentat à la pudeur et l'autre de grossière indécence — commises contre le plaignant alors que celui-ci avait entre 14 et 16 ans. Au moment des infractions reprochées, l'âge du consentement était de 14 ans.

L'intimé, un médecin, était l'entraîneur adjoint de l'équipe de basket-ball du plaignant. Ce dernier a allégué que sa relation avec l'intimé avait commencé alors qu'il était âgé de 13 ans. Il a affirmé que l'intimé se montrait plus attentionné à son égard, qu'il allait parfois le chercher à l'école, qu'il l'invitait à

sometimes, took him out to lunch, gave him some money and eventually asked him if he wanted to come to his house and rake leaves. When the complainant arrived, the respondent gave him a tour of the house and the first of two incidents of sexual contact allegedly occurred.

Both alleged incidents, which happened several weeks apart, involved disrobing, kissing on the lips, the respondent rubbing the complainant's genital area, straddling the complainant's chest and inserting his penis into the complainant's mouth. The second incident also involved the use of ropes to tie the complainant's wrists to the bed post and ejaculation by the respondent.

At the preliminary inquiry, after the complainant had described the first incident involving the respondent pushing his penis in and out of his mouth, Crown counsel asked:

Q. Is this something that you wanted to be doing?

A. No.

After the complainant described the second incident, Crown counsel asked:

Q. Did you want to be engaging in that kind of activity on that day?

A. No. I think that – I think that I really wanted to spend time with him, but not doing that.

Q. Why was it that you wanted to spend time with him?

A. Because he had patience for me and he was very kind and understanding and I just felt like I related with him very well under the pretence of what I thought the relationship was.

The complainant explained that he saw the respondent a few times after the two incidents but avoided any discussion of him returning to the respondent's house. The respondent eventually told the complainant that he could not be his friend if

déjeuner, qu'il lui donnait de l'argent et qu'il avait fini par lui demander de l'accompagner chez lui pour ratisser les feuilles mortes. À l'arrivée du plaignant, l'intimé lui avait fait visiter la maison et c'est à ce moment qu'aurait eu lieu le premier de deux épisodes de contacts sexuels.

Au cours des deux présumés épisodes, qui seraient survenus à plusieurs semaines d'intervalle, les parties se seraient dévêtues. Il y aurait eu des baisers sur la bouche. L'intimé aurait frotté les organes génitaux du plaignant, se serait mis à califourchon sur la poitrine du plaignant et aurait introduit son pénis dans sa bouche. Lors du deuxième épisode, l'intimé aurait aussi utilisé des cordes pour attacher les poignets du plaignant à une colonne de lit et aurait éjaculé.

À l'enquête préliminaire, après que le plaignant eut décrit le premier épisode pendant lequel l'intimé aurait introduit son pénis dans sa bouche en effectuant un mouvement de va-et-vient, l'avocat du ministère public lui a demandé :

[TRADUCTION]

Q. Était-ce quelque chose que vous vouliez faire?

R. Non.

Après que le plaignant eut décrit le deuxième épisode, l'avocat du ministère public lui a posé les questions suivantes :

[TRADUCTION]

Q. Voulez-vous vous livrer à ce genre d'activité ce jour-là?

R. Non. Je crois – je crois que je voulais vraiment passer du temps avec lui, mais pas de cette façon.

Q. Pourquoi vouliez-vous passer du temps avec lui?

R. À cause de sa patience, de sa gentillesse et de sa compréhension à mon égard et parce que j'avais tout simplement l'impression d'avoir de très bons rapports avec lui selon la perception que j'en avais.

Le plaignant a expliqué qu'il avait rencontré l'intimé à quelques reprises après les deux épisodes, mais qu'il avait alors évité de parler de retourner chez lui. L'intimé a finalement répondu au plaignant qu'il ne pourrait plus être son ami si celui-ci ne

4

5

6

7

he was not going to go to his house and spend time with him. Their relationship soon ended. After this part of the complainant's testimony, Crown counsel asked:

Q. Why would you avoid that issue?

A. Because I didn't want to go.

Q. And why didn't you want to go?

A. Because I didn't want to get involved in the sexual escapades.

III. Judicial History

A. *Ontario Court of Justice*

8 Moore J. presided at the preliminary inquiry in the Ontario Court of Justice. The testimony of another complainant was heard in October of 2000, and the testimony of the complainant at issue here was heard on February 12, 2001. Written submissions were later filed and additional oral submissions on committal were presented by counsel on April 17, 2001. The decision was rendered on May 1, 2001.

9 Since the complainant was over the age of 14 when the incidents occurred and consensual activity between males over 14 years of age was not an offence at the relevant time, Moore J. noted that with respect to the allegation of indecent assault, the Crown had to adduce some evidence that the complainant did not consent to the activity that might be considered indecent. He found the evidence to suggest that at some point in time after the sexual activity, the complainant may have regretted what he had done but that there was absolutely no evidence of non-consent.

10 Moore J. acknowledged that for the allegation of gross indecency, consent was not a defence where the complainant was under the age of 21 at the time, but he held that the absence of evidence of non-consent was a factor in deciding whether the activity could amount to gross indecency. In his view, the relevant factors to be considered included the existence or absence of consent, the ages of the parties, the time and place, the relationship between the

retournait pas passer du temps avec lui chez lui. La relation s'est terminée peu après. Après cette partie du témoignage du plaignant, l'avocat du ministère public lui a demandé :

[TRADUCTION]

Q. Pourquoi évitiez-vous le sujet?

R. Parce que je ne voulais pas retourner chez lui.

Q. Pourquoi ne vouliez-vous pas le faire?

R. Parce que je ne voulais pas participer à ces escapades sexuelles.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de justice de l'Ontario*

Le juge Moore préside l'enquête préliminaire devant la Cour de justice de l'Ontario. Le 12 février 2001, il entend le témoignage du plaignant en l'espèce, après avoir entendu celui d'un autre plaignant en octobre 2000. Outre l'argumentation écrite qu'ils déposent par la suite, les avocats présentent, le 17 avril 2001, leurs plaidoiries au sujet du renvoi à procès. La décision est rendue le 1^{er} mai 2001.

En ce qui concerne l'allégation d'attentat à la pudeur, le juge Moore fait remarquer que, puisque le plaignant avait plus de 14 ans au moment des épisodes et que l'activité consensuelle entre des personnes de sexe masculin âgées de plus de 14 ans n'était pas illégale à l'époque pertinente, le ministère public doit produire des éléments de preuve de non-consentement du plaignant à l'activité susceptible d'être considérée indécente. Selon lui, même si la preuve indique que le plaignant peut avoir éprouvé des regrets quelque temps après l'activité sexuelle, absolument rien ne prouve l'absence de consentement.

Quant à l'allégation de grossière indécence, le juge Moore reconnaît qu'à l'époque le consentement ne pouvait pas être invoqué comme moyen de défense dans le cas d'un plaignant âgé de moins de 21 ans, mais, à son avis, l'absence de preuve de non-consentement doit être prise en considération pour décider si l'activité en cause peut constituer de la grossière indécence. Selon lui, les facteurs à considérer sont notamment l'existence ou l'absence de

parties, and the activity. Moore J. concluded that a reasonable jury properly instructed could not find that the alleged activity was grossly indecent. He discharged the respondent on both counts.

B. *Superior Court of Justice*, [2002] O.J. No. 956 (QL)

Archibald J. heard the Crown's application for review of the discharge by way of *certiorari* in the Ontario Superior Court. He agreed that lack of consent is an essential element of indecent assault but he held that the offence is determined by the subjective state of mind of the complainant at the time of the act. He found that the complainant's testimony indicated lack of consent. In his view, Moore J. had committed a jurisdictional error by failing to consider all of the evidence before determining that there was no evidence of non-consent and discharging the respondent. Archibald J. also held that this error did not result from the application of the wrong test for sufficiency, which would be within the preliminary inquiry judge's jurisdiction, but rather because Moore J. had decided an issue reserved for the trier of fact. With respect to gross indecency, Archibald J. accepted that lack of consent is a material factor and, together with the age disparity of 30 years and the nature of the sexual acts, there was evidence upon which a reasonable and properly instructed jury could convict. Here too he held that Moore J. had committed a jurisdictional error by deciding an issue that was reserved for the trier of fact. Archibald J. ordered the respondent to stand trial on both counts.

C. *Ontario Court of Appeal* (2003), 67 O.R. (3d) 481

The Ontario Court of Appeal reversed the reviewing judge's decision and restored the discharge order. Feldman J.A. (Charron and Simmons J.J.A.

consentement, l'âge des parties, le moment et l'endroit, la relation entre les parties et l'activité. Le juge Moore décide alors qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées ne pourrait pas conclure que l'activité alléguée constituait de la grossière indécence. Il libère l'intimé relativement aux deux chefs d'accusation.

B. *Cour supérieure de justice*, [2002] O.J. No. 956 (QL)

Le juge Archibald de la Cour supérieure de l'Ontario procède à l'audition de la demande du ministère public visant à faire réviser par voie de *certiorari* la décision accordant la libération. Tout en convenant que l'absence de consentement constitue un élément essentiel de l'attentat à la pudeur, il conclut que l'existence de cette infraction dépend de l'état d'esprit subjectif du plaignant au moment de l'acte. Il estime qu'il ressort du témoignage du plaignant qu'il y avait absence de consentement. À son avis, le juge Moore a commis une erreur de compétence en concluant à l'absence de preuve de non-consentement et en libérant l'intimé sans avoir examiné toute la preuve. Le juge Archibald ajoute que cette erreur résulte non pas d'une application du mauvais critère pour décider du caractère suffisant de la preuve, ce qui serait à l'intérieur de la compétence du juge de l'enquête préliminaire, mais plutôt du fait que le juge Moore a tranché une question réservée au juge des faits. Quant à l'infraction de grossière indécence, le juge Archibald reconnaît que l'absence de consentement constitue un facteur important et que, en plus de la différence d'âge de 30 ans et de la nature des actes sexuels, il existe des éléments de preuve qui permettraient à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer un verdict de culpabilité. Là encore, il estime que le juge Moore a commis une erreur de compétence en tranchant une question réservée au juge des faits. Le juge Archibald renvoie l'intimé pour qu'il subisse son procès relativement aux deux chefs d'accusation.

C. *Cour d'appel de l'Ontario* (2003), 67 O.R. (3d) 481

La Cour d'appel de l'Ontario infirme la décision du juge ayant examiné la demande de révision et rétablit l'ordonnance de libération. La juge Feldman

concurring) agreed that absence of consent is subjective and to be determined by the complainant's "subjective internal state of mind" at the time of the offence. She accepted that the complainant's testimony, on its face, constituted direct evidence of lack of consent. In her view, by concluding that there was no evidence of lack of consent, the preliminary inquiry judge had erred in one of three ways, but that each type of error was within Moore J.'s jurisdiction and not subject to review on *certiorari*.

(avec l'appui des juges Charron et Simmons) convient que l'absence de consentement est subjective et dépend de [TRADUCTION] « l'état d'esprit subjectif » du plaignant au moment de l'infraction. Elle accepte que le témoignage du plaignant constitue, à première vue, une preuve directe de l'absence de consentement. À son avis, en concluant à l'absence de preuve de non-consentement, le juge Moore qui a présidé l'enquête préliminaire a commis une erreur à trois égards, mais comme chaque erreur avait été commise dans les limites de sa compétence, aucune n'était susceptible de révision par voie de *certiorari*.

13 Feldman J.A. also held that the erroneous conclusion that there was no evidence of lack of consent formed part of Moore J.'s finding that the evidence of the sexual activity and its circumstances, including that it was consensual, could not amount in law to gross indecency. She was of the view that Moore J. could not treat the issue of consent as one for the trier of fact once he found that there was no evidence of lack of consent. Feldman J.A. held that the conclusion of what conduct can amount to gross indecency in law is a question of law and therefore not reviewable.

La juge Feldman estime également que la conclusion erronée à l'absence de preuve de non-consentement fait partie intégrante de la constatation du juge Moore que la preuve relative aux actes sexuels et aux conditions dans lesquelles ils ont été accomplis, y compris leur caractère consensuel, ne pouvait pas en droit établir l'existence de grossière indécence. À son avis, le juge Moore ne pouvait pas considérer que la question du consentement relevait du juge des faits, après avoir conclu à l'absence de preuve de non-consentement. Pour la juge Feldman, la conclusion relative à ce qui peut constituer en droit de la grossière indécence est une question de droit et n'est donc pas susceptible de révision.

IV. Analysis

IV. Analyse

14 The purpose of the preliminary inquiry is to ensure that there is sufficient evidence to commit the accused to trial. The preliminary inquiry is therefore a pretrial screening procedure that also serves as a discovery mechanism to the accused: see *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53, at para. 20; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, at pp. 105-6. Guilt or innocence is determined at trial. The preliminary inquiry judge's decision to discharge or commit the accused to trial cannot be appealed. While the decision can be challenged by way of *certiorari*, the reviewing court should only intervene where the preliminary inquiry judge committed a jurisdictional error.

L'enquête préliminaire a pour objet d'assurer l'existence d'éléments de preuve suffisants pour renvoyer l'accusé à son procès. Il s'agit donc d'une procédure de vérification préalable au procès. Celle-ci permet également à l'accusé de prendre connaissance de la preuve qui pèse contre lui : voir les arrêts *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53, par. 20, et *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, p. 105-106. La détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé se fait au procès. La décision du juge de l'enquête préliminaire de libérer l'accusé ou de le renvoyer à son procès est sans appel. Bien que sa décision puisse être contestée par voie de *certiorari*, la cour qui examine la demande de révision ne doit intervenir que dans le cas où le juge de l'enquête préliminaire a commis une erreur de compétence.

Pursuant to s. 548(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, “[w]hen all the evidence has been taken” the judge shall:

(a) if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial;

If there is sufficient evidence upon which a reasonable and properly instructed jury could convict, the preliminary inquiry judge must commit the accused to trial: see *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080. Thus, where the Crown has adduced direct evidence on all the elements of the offence, the preliminary inquiry judge must commit the accused to trial even if the defence proffers exculpatory evidence: see *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54, at para. 29. It is, however, a jurisdictional error for a preliminary inquiry judge to commit an accused to trial where there is no evidence on an essential element of the charge: see *Skogman*, *supra*, at p. 104.

As for the discharge of an accused, s. 548(1) directs that the preliminary inquiry judge shall:

(b) discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction.

The preliminary inquiry judge in this appeal, Moore J., correctly stated the test for committal and the corresponding onus that falls on the Crown. He also recognized that a preliminary inquiry judge is not permitted to assess credibility or reliability, and that where more than one inference can be drawn from the evidence, only the inferences that favour the Crown are to be considered. A preliminary inquiry judge who fails to respect these constraints acts in excess of his or her jurisdiction: see *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366, at p. 380.

There is no dispute that Moore J. erroneously concluded that there was “absolutely no evidence of

Selon le par. 548(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, « [I]orsque le juge [. . .] a recueilli tous les témoignages », il doit

a) renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante;

Si la preuve suffit pour qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées puisse prononcer un verdict de culpabilité, le juge de l'enquête préliminaire doit renvoyer l'accusé à son procès : voir l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080. Ainsi, dans le cas où le ministère public présente une preuve directe à l'égard de tous les éléments de l'infraction, le juge de l'enquête préliminaire doit renvoyer l'accusé à son procès même si la défense produit une preuve exculpatoire : voir l'arrêt *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54, par. 29. Toutefois, commet une erreur de compétence le juge de l'enquête préliminaire qui renvoie l'accusé à son procès en l'absence de preuve relative à un élément essentiel de l'accusation : voir l'arrêt *Skogman*, précité, p. 104.

En ce qui concerne la libération de l'accusé, le par. 548(1) prévoit que le juge de l'enquête préliminaire doit

b) libérer l'accusé, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès.

Le juge Moore qui a présidé l'enquête préliminaire en l'espèce a énoncé correctement le critère applicable en matière de renvoi à procès et le fardeau correspondant qui incombe au ministère public. Il a également reconnu que le juge de l'enquête préliminaire n'est pas autorisé à apprécier la crédibilité et la fiabilité, et que, lorsque plusieurs inférences peuvent résulter de la preuve, il ne faut considérer que celles favorables au ministère public. Le juge de l'enquête préliminaire qui ne respecte pas ces contraintes outrepassa sa compétence : voir l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366, p. 380.

Personne ne conteste que le juge Moore a eu tort de conclure que [TRADUCTION] « absolument

15

16

17

18

19

non consent”. The absence of consent is subjective and “the actual state of mind of the complainant is determinative”: see *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at paras. 26-27. (The *Ewanchuk* decision was handed down February 25, 1999. The preliminary inquiry judge pronounced his decision in this case on May 1, 2001). As the Court of Appeal pointed out, at para. 21, the fact that the complainant testified that he did not want to take part in the sexual activity with the respondent constitutes direct evidence of lack of consent.

20

The testimony of the complainant was heard on February 12, 2001. Both counsel gave submissions following the testimony on that day. The Crown specifically raised the evidence of non-consent established by the complainant’s testimony and the preliminary inquiry judge had several exchanges with the Crown on that aspect of the evidence and “how far we’ve come” since the 1970’s. The portion of the transcript that is relevant to this exchange reads:

THE COURT: – since the early 70’s and I mean I just recall so vividly in any sexual assault trial that used to take place that that was such an integral part of the Crown’s case was asking the complainant “Did you consent” and if he did consent or if he didn’t consent, “What did you say? What did you do? How did you convey that?” and so on and so forth. And what was going on in the complainant’s mind was a far less – unless there was more, was of far less importance compared to what it is – the way it is now. I mean, it’s almost gotten to the point now where the accused has to prove –

MR. BUTT: Take all . . .

THE COURT: – consent as opposed to the Crown proving non-consent. [Emphasis added.]

It seems clear that Moore J. realized that the law had moved on from the 1970’s when, so he thought, a complainant had to manifest to the accused a lack of consent. There clearly was evidence before Moore J. that the complainant had not consented in this case.

rien ne prouv[ait] qu’il y [avait eu] absence de consentement ». L’absence de consentement est subjective et « c’est l’état d’esprit réel de la [partie] plaignante qui est déterminant » : voir l’arrêt *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 26-27. (L’arrêt *Ewanchuk* a été rendu le 25 février 1999. En l’espèce, le juge de l’enquête préliminaire a rendu sa décision le 1^{er} mai 2001). Comme l’a souligné la Cour d’appel, au par. 21, le fait que le plaignant ait témoigné qu’il ne voulait pas se livrer à des actes sexuels avec l’intimé prouve directement l’absence de consentement.

Le plaignant a témoigné le 12 février 2001 et son témoignage a été suivi de la présentation de l’argumentation des deux avocats. Le ministère public a fait valoir que le témoignage du plaignant établissait l’absence de consentement et plusieurs échanges entre le juge de l’enquête préliminaire et le ministère public ont porté sur cet aspect de la preuve et sur le « chemin parcouru » depuis les années 70. La partie de la transcription qui est pertinente à cet égard est la suivante :

[TRADUCTION]

LA COUR : – depuis le début des années 70 et, j’insiste, je m’en souviens justement très bien, dans tous les procès pour agression sexuelle, une partie importante de la preuve du ministère public consistait à demander au plaignant « Étiez-vous consentant? » et, peu importe qu’il l’ait été ou non, à demander « Qu’avez-vous dit? Qu’avez-vous fait? Comment l’avez-vous fait savoir? » et ainsi de suite. Et ce qui se passait dans la tête de l’accusé avait beaucoup moins – à moins qu’il y ait eu plus que cela, avait beaucoup moins d’importance que maintenant – dans l’état actuel des choses. J’entends par là que nous en sommes désormais presque au point où il faut que l’accusé prouve –

M^e BUTT : À tout prendre . . .

LA COUR : – qu’il y a eu consentement et non que le ministère public prouve l’absence de consentement. [Je souligne.]

Il semble évident que le juge Moore s’est rendu compte que le droit avait évolué depuis les années 70 où, croyait-il, le plaignant devait manifester son absence de consentement à l’accusé. Le juge Moore disposait clairement d’une preuve que le plaignant n’avait pas consenti en l’espèce.

Then, on April 17, 2001, Moore J. heard more oral submissions from counsel after reviewing written submissions regarding the gross indecency charge with the benefit of the certified transcription. Once again, the issue of non-consent was discussed. On May 1, 2001, the decision was rendered orally from the bench. Moore J. concluded that the testimony of the complainant, at its highest, established that he may have regretted the sexual activities after the fact, but not lack of consent at the time.

In the Court of Appeal, Feldman J.A. held, at para. 25, that if Moore J. had failed to take into account the evidence of non-consent, the error did not go to jurisdiction. With respect, this was an error. As stated in *Deschamplain, supra*, a preliminary inquiry judge who fails to satisfy the statutory requirement of s. 548(1)(b) of the *Criminal Code* to consider all of the admitted evidence before discharging the accused commits a jurisdictional error. On this basis alone, Moore J.'s decision is subject to review on *certiorari*.

In *R. v. Campbell* (1999), 155 O.A.C. 143, a panel of the Ontario Court of Appeal consisting of Weiler, Abella, and Goudge JJ.A. in a *per curiam* opinion noted at para. 7:

As Campbell, J., said in *R. v. McIlwain* (1988), 67 C.R. (3d) 397 (Ont. H.C.), at 399, the preliminary hearing is not the forum for weighing competing inferences or for selecting from among them. That is the province of the trier of fact at trial. In *R. v. Dubois*, [1986] 1 S.C.R. 366 . . ., Estey, J., made it clear that it is jurisdictional error for a preliminary hearing judge to enter upon this province. He put it this way at [380]:

“In applying the wrong test for sufficiency, a preliminary inquiry judge does not commit jurisdictional error. In deciding an issue reserved to another forum, however, he does.”

While this Court held in *Russell, supra*, at para. 48, that “a preliminary inquiry judge’s determination of sufficiency is entitled to the greatest deference”, I do not think the issue here has anything to do with “sufficiency”. The preliminary inquiry judge flatly

Puis, le 17 avril 2001, le juge Moore a entendu d’autres plaidoiries des avocats après s’être servi de la transcription certifiée conforme pour examiner l’argumentation écrite concernant l’accusation de grossière indécence. Là encore, la question de l’absence de consentement a été analysée. Le 1^{er} mai 2001, la décision a été rendue séance tenante. Selon le juge Moore, le témoignage du plaignant établissait tout au plus que celui-ci pouvait avoir regretté après coup les actes sexuels, mais non qu’il n’avait pas consenti à les accomplir.

En Cour d’appel, la juge Feldman a conclu, au par. 25, que, si le juge Moore n’avait pas tenu compte de la preuve d’absence de consentement, l’erreur ne touchait pas à la compétence. En toute déférence, cela est inexact. Comme le précise l’arrêt *Deschamplain, précité*, l’omission du juge d’une enquête préliminaire de se conformer à l’obligation — prévue à l’al. 548(1)b) du *Code criminel* — d’examiner tous les éléments de preuve admis avant de libérer l’accusé constitue une erreur de compétence. Pour cette seule raison, la décision du juge Moore est susceptible de révision par voie de *certiorari*.

Dans l’arrêt *R. c. Campbell* (1999), 155 O.A.C. 143, les juges Weiler, Abella et Goudge de la Cour d’appel de l’Ontario ont fait remarquer ceci dans des motifs unanimes (par. 7) :

[TRADUCTION] Comme l’a affirmé le juge Campbell, à la p. 399 de la décision *R. c. McIlwain* (1988), 67 C.R. (3d) 397 (H.C. Ont.), ce n’est pas à l’enquête préliminaire qu’il faut apprécier des inférences opposées ou faire un choix parmi celles-ci. Il appartient au juge des faits de le faire. Dans l’arrêt *R. c. Dubois*, [1986] 1 R.C.S. 366 [. . .], le juge Estey a clairement indiqué que le juge de l’enquête préliminaire qui s’engage dans cette voie commet une erreur de compétence. Voici ce qu’il dit, à la p. [380] :

« En appliquant un critère erroné pour déterminer le caractère suffisant de la preuve, le juge à l’enquête préliminaire ne commet pas une erreur de compétence. Toutefois, il en commet une lorsqu’il tranche une question qui est réservée à une autre juridiction. »

Bien que notre Cour ait statué, au par. 48 de l’arrêt *Russell, précité*, qu’« il faut montrer la plus grande retenue à l’égard de la conclusion du juge de l’enquête préliminaire selon laquelle il existe une preuve suffisante », j’estime que la question qui se

21

22

23

24

stated, “I find that there is absolutely no evidence of non-consent, in either words or actions.”

25

Accordingly, there seem to be three possible interpretations of what the preliminary inquiry judge did, any of which would result in a loss of jurisdiction.

(1) First, the preliminary inquiry judge may have entirely misunderstood the elements of the offences of indecent assault and gross indecency and given effect to a non-existent defence, as suggested by my colleagues, Bastarache and Fish JJ. This interpretation, on its face, would be contrary to what the preliminary inquiry judge said about what he regarded as changes in the law of consent since “the 1970’s”. If indeed this was the basis of the preliminary inquiry judge’s decision, it would also mean that the preliminary inquiry judge had never tested the Crown’s evidence against the actual elements of the offences charged. In that event, the reasoning of this Court in *Dubois, supra*, at pp. 378-79, is applicable:

This is not a case where the reviewing judge merely thinks that the justice was wrong, in the sense that if the reviewing judge had been sitting at the preliminary inquiry, he would have reached a different conclusion as to the sufficiency of the evidence. It is a case in which the real complaint is that the exercise of weighing the evidence proceeded on an entirely erroneous basis in law, which in turn goes to the mandate issued by Parliament . . . [Emphasis added.]

(2) Second, the preliminary inquiry judge may have decided that the complainant’s evidence was ambiguous in that it could be construed as an expression of “after-the-fact” regret rather than “during-the-fact” non-consent. However, if the preliminary inquiry judge preferred an inference favourable to the accused over an inference favourable to the Crown,

pose en l’espèce n’a rien à voir avec le « caractère suffisant » de la preuve. Le juge de l’enquête préliminaire a affirmé sans ambages que [TRADUCTION] « à [s]on avis, il n’y a[vait] absolument aucune preuve de non-consentement manifesté par des paroles ou par des actes. »

Par conséquent, il semble qu’on puisse donner trois interprétations de ce qu’a fait le juge de l’enquête préliminaire, lesquelles entraîneraient toutes une perte de compétence.

(1) Premièrement, il se peut que le juge de l’enquête préliminaire ait identifié tout à fait erronément les éléments constitutifs des infractions d’attentat à la pudeur et de grossière indécence. Il aurait retenu un moyen de défense qui n’en est pas un, comme l’affirment mes collègues les juges Bastarache et Fish. À première vue, cette interprétation serait contraire à ce que le juge de l’enquête préliminaire a dit au sujet de ce qu’il considérait comme une évolution du droit en matière de consentement depuis « les années 70 ». Si la décision du juge de l’enquête préliminaire reposait vraiment sur cette interprétation, cela signifierait également que le juge de l’enquête préliminaire n’a jamais apprécié la preuve du ministère public au regard des vrais éléments constitutifs des infractions reprochées. Le cas échéant, le raisonnement suivi par notre Cour dans l’arrêt *Dubois*, précité, p. 378-379, s’applique :

Il ne s’agit pas d’une affaire où le juge qui procède à la révision pense simplement que le juge de paix a eu tort, dans le sens que si le juge qui procède à la révision avait siégé à l’enquête préliminaire, il serait arrivé à une conclusion différente quant au caractère suffisant de la preuve. C’est une affaire dans laquelle la vraie plainte porte sur le fait que l’appréciation de la preuve repose sur un fondement entièrement erroné en droit, qui ensuite porte atteinte au mandat que confie le législateur . . . [Je souligne.]

(2) Deuxièmement, il se peut que le juge de l’enquête préliminaire ait décidé que la preuve du plaignant était ambiguë du fait qu’elle pouvait être considérée comme exprimant un regret « après coup » plutôt qu’un non-consentement « sur le coup ». Cependant, si le juge de l’enquête préliminaire avait préféré une inférence favorable à l’accusé à une

then he would have exceeded his jurisdiction by deciding an issue reserved for the trial judge.

(3) Third, the preliminary inquiry judge on May 1, 2001 could simply have overlooked the evidence of non-consent that had been discussed with the Crown and the defence during earlier oral argument. If so, he would have failed to consider “the whole of the evidence” and would on that account as well have stepped outside his jurisdiction.

Accordingly, however his reasons are interpreted, the preliminary inquiry judge misconstrued the nature of his task under s. 548 of the *Criminal Code* and, by discharging the accused on that basis, he exceeded his jurisdiction.

V. Disposition

I would allow the appeal, set aside the discharge order and remit the matter to the preliminary inquiry judge to consider the sufficiency of the evidence in light of these reasons.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE AND FISH JJ. (dissenting) —

I

At the conclusion of his preliminary inquiry, the respondent was committed to trial on two counts set out in the information laid against him and he was discharged on two others. We are not concerned here with the correctness of the justice’s conclusion regarding any of the four counts. Nor are we concerned with the cogency of his reasons for judgment.

The sole question on this appeal is whether the justice lacked jurisdiction to decide as he did on two of the four counts. In the Crown’s view, the justice acted within his jurisdiction in committing the respondent on two counts, but exceeded his jurisdiction in discharging him on the two others.

inférence favorable au ministère public, il aurait alors outrepassé sa compétence en tranchant une question relevant du juge du procès.

(3) Troisièmement, le 1^{er} mai 2001, le juge de l’enquête préliminaire aurait pu simplement passer sous silence la preuve de non-consentement qui avait été débattue avec le ministère public et la défense au cours des plaidoiries antérieures. Le cas échéant, il aurait alors omis d’examiner l’ensemble de la preuve et, de ce fait, outrepassé sa compétence.

Par conséquent, quelle que soit l’interprétation donnée à ses motifs, le juge de l’enquête préliminaire a mal interprété la fonction que lui confie l’art. 548 du *Code criminel* et a outrepassé sa compétence en libérant, de ce fait, l’accusé.

V. Dispositif

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance de libération et de renvoyer l’affaire devant le juge de l’enquête préliminaire pour qu’il examine le caractère suffisant de la preuve à la lumière des présents motifs.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES BASTARACHE ET FISH (dissidents) —

I

Au terme de son enquête préliminaire, l’intimé a été renvoyé à son procès relativement à deux chefs d’accusation décrits dans la dénonciation déposée contre lui, et a été libéré à l’égard de deux autres. La question en l’espèce n’est pas de savoir si la conclusion du juge à l’égard de l’un ou l’autre des quatre chefs d’accusation est juste, ni de savoir si ses motifs de jugement sont convaincants.

Il s’agit simplement de savoir si le juge était dépourvu de compétence pour prendre la décision qu’il a prise relativement à deux des quatre chefs d’accusation. Selon le ministère public, le juge a agi dans les limites de sa compétence en renvoyant l’intimé à son procès relativement à deux chefs d’accusation, mais il l’a outrepassée en le libérant relativement aux deux autres chefs.

26

27

28

29

30 In our respectful view, the decision of the justice raises no jurisdictional issues at all. We would therefore dismiss the appeal.

II

31 After taking the evidence, examining the transcript and considering the written and oral submissions of counsel, the justice at the preliminary inquiry discharged the respondent on two counts involving R, and committed him to trial on two others, involving G. The nature of the offences is set out in the reasons of Major J. With regard to each complainant, one count alleged indecent assault and the other gross indecency, under sections of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that have since been repealed and replaced. Absence of consent by the complainant was an essential element with respect to one offence and an important element with respect to the other. The justice discharged the respondent on the two counts involving R because, in his view, there was no evidence that R had not consented — “in either words or actions” — to the sexual conduct in issue.

32 There is no suggestion that the presiding justice lacked jurisdiction to hear the matter or exceeded his jurisdiction in conducting the proceedings as he did. As mentioned earlier, it is not contended that he exceeded his jurisdiction in committing the respondent to trial on the two counts involving G. It is only in discharging the respondent on the two remaining counts that the justice is said by the Crown to have exceeded his jurisdiction. And the justice is said to have done so because “the necessary precondition for a discharge order, *an absence of sufficient evidence*, was not present” (Crown’s Application for *Certiorari*, A.R., at p. 48 (emphasis in original)).

33 Framed in these terms, the imputed error amounts, manifestly, to an error as to the sufficiency of the evidence. As we shall presently see, that is an apt characterization of the error committed by the justice. He was mistaken as to the sufficiency of the evidence. Plainly, however, an error of that

À notre avis, la décision du juge ne soulève absolument aucune question de compétence. Nous sommes donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II

Après avoir entendu les témoignages, examiné la transcription et pris en considération l’argumentation écrite et les plaidoiries des avocats, le juge de l’enquête préliminaire a libéré l’intimé relativement à deux chefs d’accusation mettant en cause R, et l’a renvoyé pour qu’il subisse son procès relativement à deux autres chefs mettant en cause G. Le juge Major décrit la nature des infractions dans ses motifs. Dans le cas de chaque plaignant, un chef d’accusation d’attentat à la pudeur et un autre de grossière indécence ont été déposés en vertu de dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui, depuis lors, ont été abrogées et remplacées. L’absence de consentement de la part du plaignant était, pour l’une des infractions, un élément constitutif et pour l’autre, un élément important. Le juge a libéré l’intimé à l’égard des deux chefs d’accusation relatifs à R parce que, à son avis, rien ne prouvait que R n’avait pas consenti — [TRADUCTION] « par des paroles ou par des actes » — aux actes sexuels en question.

Rien n’indique que le juge de l’enquête préliminaire n’avait pas compétence pour entendre l’affaire ou qu’il a outrepassé sa compétence dans sa façon de mener l’enquête. Comme nous l’avons vu, personne ne prétend qu’il a outrepassé sa compétence en renvoyant l’intimé à son procès relativement aux deux chefs qui concernaient G. Le ministère public affirme que le juge n’a outrepassé sa compétence que lorsqu’il a libéré l’intimé relativement aux deux autres chefs d’accusation, étant donné que [TRADUCTION] « la condition préalable nécessaire à une ordonnance de libération, savoir *l’absence de preuve suffisante*, n’était pas remplie » (demande de *certiorari* du ministère public, d.a., p. 48 (en italique dans l’original)).

Considérée sous cet angle, l’erreur reprochée correspond manifestement à une erreur quant au caractère suffisant de la preuve. Comme nous allons maintenant le constater, cela qualifie bien l’erreur commise par le juge. Il s’est mépris quant au caractère suffisant de la preuve. Toutefois, il est clair

sort does not give rise to *certiorari*, since questions regarding the sufficiency of the evidence are within the exclusive jurisdiction of the justice who conducts a preliminary inquiry and are not subject to review: *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366.

The Crown has since departed from the initial formulation of the ground upon which it applied for *certiorari*. But the fresh face of its only ground, though perhaps more attractively made up, is again without foundation.

The justice, it is now said, exceeded his jurisdiction because he failed to consider evidence concerning the critical issue of consent. The record shows unmistakably, however, that the justice did consider the relevant evidence — not once, but on at least two different occasions. As Major J. points out, at para. 20 of his reasons, the justice “had several exchanges with the Crown on that aspect of the evidence” during the hearing of February 12, 2001. Major J. takes care to note as well that, at the hearing of April 17, 2001, this time with a certified transcript of the evidence in hand, the issue of non-consent was again discussed by the justice in the course of further submissions by counsel.

Here is but one of the exchanges that demonstrate the justice’s consideration of the evidence he is now said to have overlooked:

THE COURT: I think you may have asked him, “Did you want any of this to happen”. I think his response was “I didn’t want the sexual escapade or sexual episode”. But there’s no evidence he ever told him that, that he didn’t – you’ve got to keep in mind how the law has changed since then and that he ever voiced any opinion one way of the other or he ever did anything to show any non – that he wasn’t consenting.

MR. BUTT: Yes, I understand that. I guess I tried to cover it in two ways, and it’s Your Honour’s recollection of the transcript. The first was that he expressed an absence of

qu’une telle erreur ne donne pas ouverture à *certiorari* puisque les questions relatives au caractère suffisant de la preuve relèvent de la compétence exclusive du juge de l’enquête préliminaire et ne sont pas susceptibles de révision : *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366.

Le ministère public a changé la façon dont il avait formulé, au départ, le motif invoqué à l’appui de sa demande de *certiorari*. Cependant, même si elle peut sembler un peu plus attrayante, la nouvelle formulation de son unique motif est toujours sans fondement.

Le ministère public prétend maintenant que le juge a outrepassé sa compétence en n’examinant pas la preuve relative à la question cruciale du consentement. Or, il ressort indéniablement du dossier que le juge a effectivement examiné la preuve pertinente, non pas une seule fois, mais à au moins deux reprises. Comme le souligne le juge Major, au par. 20, « plusieurs échanges entre le juge de l’enquête préliminaire et le ministère public ont porté sur cet aspect de la preuve » au cours de l’audience du 12 février 2001. Le juge Major prend également soin de noter qu’à l’audience du 17 avril 2001 le juge, qui disposait alors de la transcription certifiée conforme, a analysé de nouveau la question de l’absence de consentement au moment où les avocats présentaient d’autres arguments.

Voici un exemple des échanges qui démontrent que le juge a examiné la preuve qu’on lui reproche maintenant d’avoir passée sous silence :

[TRADUCTION]

LA COUR : À mon avis, vous pouvez lui avoir demandé « Souhaitiez-vous que cela arrive? », ce à quoi j’imagine qu’il a répondu « Je ne voulais pas de l’escapade sexuelle ou de l’épisode sexuel ». Cependant, rien ne prouve qu’il lui a dit cela, qu’il n’a pas – rappelez-vous combien la loi a changé depuis et qu’il n’a jamais exprimé d’opinion dans un sens ou dans l’autre ou qu’il n’a rien fait pour montrer qu’il n’était pas consentant – qu’il ne consentait pas.

M^e BUTT : Oui, je comprends cela. Je crois que j’ai essayé d’en parler de deux façons, et c’est ce que vous, M. le juge, avez retenu de la transcription. D’abord, en disant

34

35

36

consent for the actual acts and then there's a little bit later in the questioning, and I'm going from recollection, that I covered the area of how he stopped going to the house because he didn't want those events to continue to occur. Indeed, it was his refraining from going to the house that ultimately precipitated the demise of the relationship. So in my submission, one can read from the evidence in those two areas a foundation upon which a fact-finder could reasonably conclude that there was not the requisite consent.

THE COURT: You're talking about what may have been in the mind of the complainant. You're not talking about what was conveyed.

MR. BUTT: Yes, that's quite correct. But on my understanding of the definition of the offence, if you have the commission of certain sexual acts without consent being present. So what's in the mind of the accused is one thing, but the factual element of the presence or absence of consent, which is what the Crown has to prove, in my submission is what is relevant, so that the absence of consent as evidenced by those statements by the complainant are sufficient to found the charge.

THE COURT: Well, that may or may not be the case now. The case law has changed so much –

MR. BUTT: Yes, it – it certainly –

THE COURT: – since the early 70's and I mean I just recall so vividly in any sexual assault trial that used to take place that that was such an integral part of the Crown's case was asking the complainant “Did you consent” and if he did consent or if he didn't consent, “What did you say? What did you do? How did you convey that?” and so on and so forth. And what was going on in the complainant's mind was a far less – unless there was more, was of far less importance compared to what it is – the way it is now. I mean, it's almost gotten to the point now where the accused has to prove –

MR. BUTT: Take all . . .

THE COURT: – consent as opposed to the Crown proving non-consent.

MR. BUTT: Absolutely right . . .

THE COURT: I mean that's how far we've come. That's how far we've come, or whatever way you want to look at it. [Emphasis added.]

qu'il a manifesté son non-consentement aux actes réellement accomplis et, ensuite un peu plus tard au cours de l'interrogatoire, si je me souviens bien, en parlant de la façon dont il a cessé d'aller au domicile parce qu'il voulait éviter que ces épisodes se répètent. En fait, c'est son abstention d'aller au domicile qui, en définitive, a mis fin à la relation. Ainsi, j'estime qu'à ces deux égards il est possible de déduire de la preuve des éléments qui permettraient à un juge des faits de conclure raisonnablement à l'absence du consentement requis.

LA COUR : Vous parlez de ce que le plaignant peut avoir eu à l'esprit. Vous ne parlez pas de ce qui a été transmis.

M^e BUTT : Oui, c'est tout à fait exact. Mais selon ma compréhension de la définition de l'infraction, s'il y a accomplissement de certains actes sexuels en l'absence de consentement. Donc ce que l'accusé a à l'esprit est une chose, mais j'estime que ce qui est pertinent est l'élément factuel du consentement ou de l'absence de consentement, dont la preuve incombe au ministère public, de sorte que l'absence de consentement qui ressort des déclarations du plaignant est suffisante pour fonder l'accusation.

LA COUR : Eh bien, ce peut être ou ne pas être le cas maintenant. La jurisprudence a tellement changé –

M^e BUTT : Oui, c'est – c'est certainement –

LA COUR : – depuis le début des années 70 et, j'insiste, je m'en souviens justement très bien, dans tous les procès pour agression sexuelle, une partie importante de la preuve du ministère public consistait à demander au plaignant « Étiez-vous consentant? » et, peu importe qu'il l'ait été ou non, à demander « Qu'avez-vous dit? Qu'avez-vous fait? Comment l'avez-vous fait savoir? » et ainsi de suite. Et ce qui se passait dans la tête de l'accusé avait beaucoup moins – à moins qu'il y ait eu plus que cela, avait beaucoup moins d'importance que maintenant – dans l'état actuel des choses. J'entends par là que nous en sommes désormais presque au point où il faut que l'accusé prouve –

M^e BUTT : À tout prendre . . .

LA COUR : – qu'il y a eu consentement et non que le ministère public prouve l'absence de consentement.

M^e BUTT : C'est tout à fait exact . . .

LA COUR : Voilà, à mon avis, où nous en sommes maintenant. C'est là où nous en sommes, peu importe la manière de l'envisager. [Nous soulignons.]

Au moment où les avocats présentaient leur argumentation, le juge a donc examiné directement et précisément la preuve que l'appelante lui

The justice thus dealt directly and specifically, in the course of counsel's submissions, with the evidence he is said by the appellant not to have

considered at all. It is apparent from his comments, moreover, why, in his mind, that evidence was insufficient to establish non-consent with respect to the counts upon which he ultimately discharged the respondent.

We pause to underline, in this context, our agreement with Major J. that the justice instructed himself impeccably, both as to his own role and as to the Crown's burden at preliminary inquiry. He emphasized, in particular, that he was "not sitting here and judging the credibility or reliability or probability of the evidence".

In this light especially, we find in the record no basis for concluding that the justice disregarded his own correct and meticulously enunciated understanding of the limited role of a justice at a preliminary inquiry — by proceeding, in the next breath, to disregard these constraints and to usurp the duties of the trial court.

The justice, we repeat, can hardly be said to have "failed to consider" evidence that he in fact contemplated expressly and repeatedly with the benefit of the Crown's submissions on the element of non-consent. He did so both immediately after the evidence had been taken and afresh when more detailed submissions were made at a later date, with the benefit of a transcript in hand.

We agree that the justice erred in his conclusion as to the legal effect of the evidence in question. But an error of this sort cannot properly be characterized as jurisdictional, except where it results in a committal to trial in the absence of some evidence capable of supporting a conviction: see McLachlin C.J., speaking for a unanimous court in *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53, at paras. 28-29.

The Crown has raised an alternative ground upon which the justice is said to have exceeded his jurisdiction. That hypothesis rests on an assumption that the justice impermissibly preferred an

reproche maintenant d'avoir complètement passée sous silence. En outre, ses commentaires indiquent clairement pourquoi il estime que cette preuve est insuffisante pour établir l'absence de consentement en ce qui a trait aux chefs d'accusation à l'égard desquels il a fini par libérer l'intimé.

Nous prenons le temps de souligner, dans ce contexte, que nous convenons avec le juge Major que le juge s'est rappelé d'une manière impeccable à la fois le rôle qu'il doit jouer et le fardeau dont le ministère public doit s'acquitter à l'enquête préliminaire. Il a fait remarquer notamment qu'il n'était [TRADUCTION] « pas là pour apprécier la crédibilité, la fiabilité ou la vraisemblance des témoignages ».

Dans cette optique en particulier, nous estimons que rien dans le dossier ne permet de conclure que le juge n'a pas tenu compte de la conception juste du rôle limité du juge de l'enquête préliminaire qu'il a lui-même exposée minutieusement — en passant outre, du même souffle, à ces limites et en se substituant au tribunal de première instance.

Nous répétons qu'il n'est guère possible d'affirmer que le juge « n'a pas examiné » une preuve qu'il a, en fait, expressément abordée à maintes reprises à la lumière de l'argumentation du ministère public portant sur l'élément du non-consentement. Il l'a fait immédiatement après avoir entendu les témoignages et, de nouveau, à l'aide d'une transcription au moment de la présentation ultérieure d'arguments plus détaillés.

Nous sommes d'accord pour dire que le juge a tiré une conclusion erronée quant à l'effet juridique de la preuve en question. Mais une erreur de ce genre ne saurait être qualifiée à juste titre d'erreur de compétence, sauf si elle entraîne un renvoi à procès en l'absence de preuve susceptible d'étayer une déclaration de culpabilité : voir la juge en chef McLachlin qui s'exprimait au nom de la Cour dans l'arrêt *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53, par. 28-29.

Le ministère public a évoqué un autre motif pour lequel il reproche au juge d'avoir outrepassé sa compétence. Cette hypothèse présuppose que le juge a préféré, de manière inacceptable, inférer

38

39

40

41

42

innocent inference to a culpable one. For the reasons explained below, we are satisfied that the justice did nothing of the sort.

43 In short, the simple fact of the matter is that the justice discharged the respondent on two counts because of an error in law which, like the sufficiency of the evidence, is not reviewable on *certiorari*.

III

44 The complainant's failure to consent to the sexual activities in issue here was, as mentioned earlier, an essential element on one count and an important element on the other. "Consent" and "non-consent", in this context, must be appreciated subjectively, not objectively: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330. In this case, the justice mistakenly held that the required lack of consent had to be expressed, as he put it, "in either words or actions". Again in his terms, it was not a mere matter of what was "in the mind of the complainant".

45 After considering the evidence that he is said not to have considered, the justice concluded that it could not reasonably support a finding of non-consent, objectively manifested "in either words or actions". This, however, was the right answer, but to the wrong question. The right question was whether a properly instructed jury, acting reasonably, could find that the evidence established a subjective lack of consent — that is, whether the Crown had discharged its evidential burden on that element of the offences charged. To that correct question, the justice unfortunately gave the wrong answer — not because he overlooked some of the evidence (assuming this to be a jurisdictional error), but rather because he was mistaken as to the subjective nature of the critical element of non-consent.

l'innocence plutôt que la culpabilité. Pour les motifs exposés plus loin, nous sommes convaincus que le juge n'a rien fait de tel.

Bref, il n'en demeure pas moins que le juge a libéré l'intimé relativement à deux chefs d'accusation à cause d'une erreur de droit qui, à l'instar du caractère suffisant de la preuve, n'est pas susceptible de révision par voie de *certiorari*.

III

Le non-consentement du plaignant aux actes sexuels en cause dans la présente affaire était, comme nous l'avons vu, un élément constitutif en ce qui concernait un chef d'accusation et un élément important en ce qui concernait l'autre chef d'accusation. Dans ce contexte, le « consentement » et le « non-consentement » doivent être appréciés de manière subjective et non objective : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330. En l'espèce, le juge a conclu à tort que l'absence de consentement requise devait être manifestée, comme il le dit, [TRADUCTION] « par des paroles ou par des actes ». Là encore, pour reprendre ses termes, il ne s'agissait pas simplement d'examiner ce que [TRADUCTION] « le plaignant [avait] à l'esprit ».

Après avoir examiné la preuve qu'on lui reproche d'avoir passée sous silence, le juge a conclu qu'elle n'était pas raisonnablement susceptible d'étayer une conclusion de non-consentement manifesté objectivement « par des paroles ou par des actes ». Cela représentait la bonne réponse, qui était cependant donnée à la mauvaise question. La bonne question était de savoir si un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable pourrait conclure que la preuve établissait une absence subjective de consentement — c'est-à-dire si le ministère public s'était acquitté du fardeau de preuve qui lui incombait relativement à cet élément des infractions reprochées. Malheureusement, le juge a répondu de façon erronée à cette bonne question — non parce qu'il a passé sous silence une partie de la preuve (à supposer qu'il s'agisse d'une erreur de compétence), mais parce qu'il s'est mépris sur la nature subjective de l'élément crucial qu'est le non-consentement.

Here, the justice's error as to the sufficiency of the evidence constituted an error in law because it resulted from his "misapprehension of some legal principle": see *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, at p. 295. An error in law of this sort may well, on an appeal, result in the quashing of a resulting decision. But it remains an error committed within the court's jurisdiction. In the absence of a right of appeal — and there is no appeal from the decision of a justice at a preliminary inquiry — the decision, however erroneous, is not for that reason reviewable in superior court: *Russell, supra*; *Quebec (Attorney General) v. Girouard*, [1988] 2 S.C.R. 254.

IV

Major J. considers, at para. 25, that there "seem to be three possible interpretations of what the preliminary inquiry judge did, any of which would result in a loss of jurisdiction" and he sets them out this way:

(1) First, the preliminary inquiry judge may have entirely misunderstood the elements of the offences of indecent assault and gross indecency and given effect to a non-existent defence, as suggested by my colleagues, Bastarache and Fish JJ. This interpretation, on its face, would be contrary to what the preliminary inquiry judge said about what he regarded as changes in the law of consent since "the 1970's". . . .

. . . .

(2) Second, the preliminary inquiry judge may have decided that the complainant's evidence was ambiguous in that it could be construed as an expression of "after-the-fact" regret rather than "during-the-fact" non-consent. However, if the preliminary inquiry judge preferred an inference favourable to the accused over an inference favourable to the Crown, then he would have exceeded his jurisdiction by deciding an issue reserved for the trial judge.

(3) Third, the preliminary inquiry judge on May 1, 2001 could simply have overlooked the evidence of non-consent that had been discussed with the Crown and the defence during earlier oral argument. If so, he would have failed to consider "the whole of the evidence" and

En l'espèce, l'erreur que le juge a commise au sujet du caractère suffisant de la preuve est une erreur de droit parce qu'elle résulte de sa « mauvaise compréhension d'un principe juridique » : voir *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, p. 295. Il se peut bien qu'une telle erreur de droit entraîne, en appel, l'annulation de la décision qui a résulté. Elle demeure toutefois une erreur qui se situe à l'intérieur de la compétence de la cour. L'absence de droit d'appel — et la décision du juge d'une enquête préliminaire est sans appel — ne justifie pas que la décision, si erronée soit-elle, soit susceptible de révision devant une cour supérieure : *Russell*, précité; *Québec (Procureur général) c. Girouard*, [1988] 2 R.C.S. 254.

IV

Au paragraphe 25, le juge Major considère qu'il « semble qu'on puisse donner trois interprétations de ce qu'a fait le juge de l'enquête préliminaire, lesquelles entraîneraient toutes une perte de compétence », et il les énonce ainsi :

(1) Premièrement, il se peut que le juge de l'enquête préliminaire ait identifié tout à fait erronément les éléments constitutifs des infractions d'attentat à la pudeur et de grossière indécence. Il aurait retenu un moyen de défense qui n'en est pas un, comme l'affirmation mes collègues les juges Bastarache et Fish. À première vue, cette interprétation serait contraire à ce que le juge de l'enquête préliminaire a dit au sujet de ce qu'il considérait comme une évolution du droit en matière de consentement depuis « les années 70 ». . . .

. . . .

(2) Deuxièmement, il se peut que le juge de l'enquête préliminaire ait décidé que la preuve du plaignant était ambiguë du fait qu'elle pouvait être considérée comme exprimant un regret « après coup » plutôt qu'un non-consentement « sur le coup ». Cependant, si le juge de l'enquête préliminaire avait préféré une inférence favorable à l'accusé à une inférence favorable au ministère public, il aurait alors outrepassé sa compétence en tranchant une question relevant du juge du procès.

(3) Troisièmement, le 1^{er} mai 2001, le juge de l'enquête préliminaire aurait pu simplement passer sous silence la preuve de non-consentement qui avait été débattue avec le ministère public et la défense au cours des plaidoiries antérieures. Le cas échéant, il aurait alors omis

would on that account as well have stepped outside his jurisdiction.

48 With respect, the first of these interpretations mischaracterizes our position. We do not suggest that the justice “[gave] effect to a non-existent defence”. Rather, he discharged the respondent on the two counts that concern us here because, in his opinion, the Crown had failed to discharge its evidential burden on the critical element of non-consent. In reaching this conclusion, the justice mistakenly thought that the applicable test was objective.

49 Our colleague states that “[t]his interpretation, on its face, would be contrary to what the preliminary inquiry judge said about what he regarded as changes in the law of consent since ‘the 1970’s.’” In our respectful view, the opposite is true. Both in his exchanges with counsel and in his reasons for discharge, the justice, as mentioned earlier, repeatedly and explicitly framed the issue as we have set it out. He discharged the respondent because, in his own words: “there is absolutely no evidence of non-consent, in either words or actions” (A.R., at pp. 11-12); “there’s no evidence [the complainant] . . . ever did anything to show . . . that he wasn’t consenting” (A.R., at p. 156); “You’re talking about what may have been in the mind of the complainant. You’re not talking about what was conveyed” (A.R., at p. 157). (Emphasis added.)

50 Moreover, the justice’s comments concerning changes in the law since the 1970’s should not be divorced from their context. The offences charged in this case were alleged to have been committed between 1972 and 1982. The justice appears to have been under the mistaken impression that the issue of non-consent was to be resolved according to the law as it was then understood and applied. He thus stated, for example, that “what was going on in the complainant’s mind . . . unless there was more, was of far less importance compared to . . . the way it is now”.

51 What is in any event clear from the record is that the justice discharged the respondent because, in

d’examiner l’ensemble de la preuve et, de ce fait, dépassé sa compétence.

En toute déférence, la première de ces interprétations fausse notre position. Nous n’affirmons pas que le juge a « retenu un moyen de défense qui n’en est pas un ». Il a plutôt libéré l’intimé relativement aux deux chefs d’accusation qui nous occupent en l’espèce, parce qu’il estimait que le ministère public ne s’était pas acquitté du fardeau de preuve qui lui incombait quant à l’élément crucial du non-consentement. En tirant cette conclusion, le juge a cru à tort qu’il fallait appliquer un critère objectif.

Notre collègue affirme que « [à] première vue, cette interprétation serait contraire à ce que le juge de l’enquête préliminaire a dit au sujet de ce qu’il considérait comme une évolution du droit en matière de consentement depuis “les années 70”. » En toute déférence, c’est plutôt le contraire. Comme nous l’avons vu, tant dans ses échanges avec les avocats que dans les raisons qu’il a données à l’appui de la libération, le juge a, clairement et à maintes reprises, formulé la question de la même manière que nous l’avons fait. Il a libéré l’intimé parce que, pour reprendre ses propres termes, [TRADUCTION] « il n’y a [vait] absolument aucune preuve de non-consentement manifesté par des paroles ou par des actes » (d.a., p. 11-12); « [le plaignant] n’a jamais [. . .] rien fait pour montrer [. . .] qu’il ne consentait pas » (d.a., p. 156); « [v]ous parlez de ce que le plaignant peut avoir eu à l’esprit. Vous ne parlez pas de ce qui a été transmis » (d.a., p. 157). (Nous soulignons.)

De plus, les commentaires du juge concernant l’évolution du droit depuis les années 70 ne doivent pas être considérés hors contexte. Les infractions reprochées en l’espèce auraient été commises entre 1972 et 1982. Le juge semble avoir cru à tort que la question du non-consentement devait être résolue conformément au droit interprété et appliqué à l’époque. Il a ainsi affirmé, par exemple, que [TRADUCTION] « ce qui se passait dans la tête de l’accusé [. . .] – à moins qu’il y ait eu plus que cela, avait beaucoup moins d’importance que [. . .] dans l’état actuel des choses ».

En tout état de cause, il ressort nettement du dossier que le juge a libéré l’intimé parce qu’il

his opinion, there was no evidence of non-consent, objectively considered. This was plainly an error of law committed by the justice within his jurisdiction. Unlike *Dubois*, *supra*, relied on in this regard by Major J., this was hardly a case where the preliminary hearing judge “arrogated to himself the decision of the issue reserved by Parliament to another forum, the trial court” (p. 380).

This brings us to the second of the three possible interpretations which all lead, in our colleague’s view, to the conclusion that the justice exceeded his jurisdiction in discharging the respondent.

Here, Major J. accepts the Crown’s alternative submission, mentioned earlier. Essentially, the Crown contends that the justice in this case “committed jurisdictional error by either declining to consider the direct evidence of an absence of consent” — a matter with which we have already dealt — “or by improperly weighing competing inferences from the evidence and choosing an inference other than the one most favourable to the Crown”.

With respect, the second hypothesis, like the first, appears to us erroneous. There was no question here of “choosing” one inference over the other. The evidence in question is capable of supporting a finding that the complainant did not wish to participate in the impugned sexual activities. It is capable as well of supporting a finding that the complainant regretted they had occurred. The justice did not prefer one of these findings over the other. There was no question of choosing between them. They were not alternative inferences at all.

The ultimate question was not whether the complainant had consented to the sexual activities in issue or regretted that he had done so. Rather, the question was whether the complainant had consented or not consented to the sexual activities. The justice recognized that an ultimate finding on this issue was not within his province, but rather reserved to the trial court. His function was to determine whether the evidence was capable of supporting a reasonable finding of non-consent. He concluded that it was not because there was no evidence of non-consent “in

estimait qu’il n’y avait objectivement aucune preuve de non-consentement. Il s’agit là clairement d’une erreur de droit que le juge a commise dans les limites de sa compétence. Contrairement à l’arrêt *Dubois*, précité, que le juge Major invoque à cet égard, ce n’était guère un cas où le juge de l’enquête préliminaire s’était « arrogé le pouvoir de décider de la question que le législateur a réservée à une autre juridiction, le juge du procès » (p. 380).

Cela nous amène à la deuxième parmi les trois interprétations possibles qui, selon notre collègue, mènent toutes à la conclusion que le juge a outre-passé sa compétence en libérant l’intimé.

En l’espèce, le juge Major retient l’argument subsidiaire du ministère public, mentionné plus haut. Le ministère public soutient, pour l’essentiel, que le juge en l’espèce [TRADUCTION] « a commis une erreur de compétence en refusant d’examiner la preuve directe de l’absence de consentement » — un point que nous avons déjà étudié — « ou encore en évaluant incorrectement les inférences opposées qui résultaient de la preuve et en ne choisissant pas l’inférence la plus favorable au ministère public ».

En toute déférence, la deuxième hypothèse, tout comme la première, nous paraît erronée. Il n’était pas question, en l’espèce, de « choisir » une inférence plutôt qu’une autre. La preuve en question peut étayer la conclusion que le plaignant ne souhaitait pas participer aux actes sexuels reprochés. Elle peut également permettre de conclure que le plaignant a regretté ces actes. Le juge n’a pas préféré une conclusion à une autre. Il n’était pas question de choisir entre les deux. L’une n’excluait aucunement l’autre.

La question qui se posait en définitive n’était pas de savoir si le plaignant avait consenti aux actes sexuels en cause ou s’il les avait regrettés. Il fallait plutôt déterminer si le plaignant avait consenti ou pas aux actes sexuels. Le juge a reconnu qu’il appartenait non pas à lui mais plutôt à la cour de première instance de tirer une conclusion définitive à cet égard. Il lui fallait déterminer si la preuve pouvait étayer une conclusion raisonnable de non-consentement. Il a conclu qu’elle ne le pouvait pas en raison de l’absence de preuve de non-consentement

52

53

54

55

either words or actions” — and not as the appellant suggests, “by improperly weighing competing inferences”.

56

The third possible interpretation mentioned by Major J. is that the justice “could simply have overlooked the evidence of non-consent that had been discussed with the Crown and the defence during earlier oral argument”. With respect, we believe this speculative hypothesis, even in the absence of any indication to the contrary, could not support a finding in this Court that the justice exceeded his jurisdiction. Here, it is in any event precluded by the justice’s explicit reference in his formal reasons to the absence of “evidence of non-consent, in either words or actions” — the very focus of his earlier discussions with counsel.

V

57

For all of these reasons, we are both of the view, as mentioned at the outset, that the appeal should be dismissed.

Appeal allowed, BASTARACHE and FISH JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent: J. Douglas Crane, Toronto.

manifesté [TRADUCTION] « par des paroles ou par des actes » — et non, comme l’indique l’appelante, « en évaluant incorrectement [d]es inférences opposées ».

Selon la troisième interprétation possible mentionnée par le juge Major, le juge « aurait pu simplement passer sous silence la preuve de non-consentement qui avait été débattue avec le ministère public et la défense au cours des plaidoiries antérieures ». En toute déférence, nous croyons que, même en l’absence d’indication contraire, cette hypothèse conjecturale ne permettrait pas à notre Cour de conclure que le juge a outrepassé sa compétence. Dans le cas qui nous occupe, cela est, de toute façon, impossible du fait que le juge a mentionné explicitement, dans ses motifs écrits, l’absence de [TRADUCTION] « preuve de non-consentement manifesté par des paroles ou par des actes » — qui était l’objet même de ses échanges antérieurs avec les avocats.

V

Pour tous ces motifs, nous sommes d’avis, comme nous l’avons mentionné au départ, de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE et FISH sont dissidents.

Procureur de l’appelante : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureur de l’intimé : J. Douglas Crane, Toronto.