

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**J.H.S.** *Respondent***INDEXED AS: R. v. J.H.S.****Neutral citation: 2008 SCC 30.**

File No.: 31897.

2008: January 25; 2008: May 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NOVA SCOTIA

*Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Credibility — Accused convicted of sexual assault — Complainant and accused principal witnesses at trial — Whether trial judge adequately instructed jury on application of principles of reasonable doubt to issue of credibility.*

The accused was charged with sexual assault after the complainant alleged that the accused had sexually abused her over a number of years. The accused, who denied all allegations of impropriety, was tried before a judge and jury. The issue at trial was whether the alleged events had ever happened. The complainant and the accused were the principal witnesses. The trial judge charged the jury on the credibility of the witnesses and specifically instructed the jury that the trial was not a choice between two competing versions of events. The jury returned a verdict of guilty. A majority of the Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial on the basis that the trial judge insufficiently explained the principles of reasonable doubt as they applied to credibility, concluding that the jury was not clearly instructed that lack of credibility on the part of the accused does not equate to proof of his guilt beyond a reasonable doubt. The dissenting judge would have upheld the conviction finding that the charge to the jury was sufficient.

*Held:* The appeal should be allowed and the conviction restored.

Where credibility is a central issue in a jury trial, the judge must explain the relationship between the

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**J.H.S.** *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. J.H.S.****Référence neutre : 2008 CSC 30.**

N° du greffe : 31897.

2008 : 25 janvier; 2008 : 29 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Crédibilité — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Plaignante et accusé étant les principaux témoins au procès — La juge du procès a-t-elle suffisamment expliqué au jury les principes du doute raisonnable tels qu'ils s'appliquent à la crédibilité?*

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle à la suite d'allégations de la plaignante selon lesquelles il l'aurait agressée sexuellement pendant plusieurs années. L'accusé, qui niait toutes les allégations d'actes répréhensibles, a subi son procès devant une juge et un jury. En première instance, le litige portait sur la question de savoir si les événements allégués s'étaient effectivement produits. La plaignante et l'accusé étaient les principaux témoins. La juge du procès a donné aux jurés des directives sur la crédibilité des témoins et leur a expliqué expressément que le procès ne consistait pas à faire un choix entre deux versions contradictoires des événements. Le jury a rendu un verdict de culpabilité. La Cour d'appel, à la majorité, a annulé la condamnation et ordonné la tenue d'un nouveau procès parce que la juge du procès n'avait pas suffisamment expliqué les principes du doute raisonnable tels qu'ils s'appliquent à la crédibilité, concluant que le jury n'avait pas été clairement avisé que le manque de crédibilité de l'accusé n'équivaut pas à la preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Le juge dissident était d'avis de confirmer la condamnation parce qu'il estimait que l'exposé au jury était suffisant.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Lorsque la question de la crédibilité est au centre d'un procès avec jury, le juge doit expliquer le lien entre

assessment of credibility and the Crown's ultimate burden to prove the guilt of the accused to the criminal standard. A general instruction on reasonable doubt without adverting to its relationship to the credibility (or lack of credibility) of the witnesses leaves open too great a possibility of confusion or misunderstanding. It must be made crystal clear to the jury that the burden never shifts from the Crown to prove every element of the offence beyond a reasonable doubt. Where credibility is important, the trial judge's instructions must not leave the jury with the impression that it has to choose between the two versions of events. The "credibility contest" error must be avoided. Lack of credibility on the part of the accused does not equate to proof of his or her guilt beyond a reasonable doubt. However, the application of *W. (D.)* should not result in triumph of form over substance. [8-9] [13]

In this case, the reasoning of the majority brushes uncomfortably close to treatment of *W. (D.)* as a "magic incantation". When read as a whole, the charge did not leave the jury with any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply. The trial judge told the jury that they could not decide the case simply by choosing between the evidence of the complainant and that of the accused. She explained that even if they did not accept all of the accused's testimony, they could still accept some of it. She also explained that any reasonable doubt must be resolved in favour of the accused and, in that context, she reminded the jury that they must consider all of the evidence when determining reasonable doubt. This was sufficient. [14-15]

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *R. v. Chan* (1989), 52 C.C.C. (3d) 184; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. H. (C.W.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 146; *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212; *R. v. Levasseur*, [1994] 3 S.C.R. 518, rev'g (1994), 89 C.C.C. (3d) 508; *R. v. C.L.Y.*, [2008] 1 S.C.R. 5, 2008 SCC 2; *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 271(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Nova Scotia (Saunders, Oland and

l'évaluation de la crédibilité et le fardeau ultime du ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé selon la norme de preuve applicable en matière criminelle. Un exposé général sur le doute raisonnable, qui ne fait pas le lien entre cette notion et la crédibilité (ou le manque de crédibilité) des témoins, prête trop à confusion ou à équivoque. Le jury doit être informé de manière limpide que le ministère public n'est jamais libéré du fardeau de prouver tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable. Lorsque la crédibilité revêt de l'importance, les directives du juge du procès ne doivent pas laisser aux jurés l'impression qu'ils doivent choisir entre les deux versions des événements. Il faut éviter de commettre l'erreur de procéder à un « concours de crédibilité ». Le manque de crédibilité de l'accusé n'équivaut pas à une preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Néanmoins, l'application de *W. (D.)* ne devrait pas laisser la forme l'emporter sur le fond. [8-9] [13]

En l'espèce, le raisonnement de la majorité frôle de manière inquiétante l'erreur consistant à considérer *W. (D.)* comme une « incantation ». Lu comme un tout, l'exposé ne laissait place à aucune interprétation erronée de la part du jury quant au fardeau de la preuve et à la norme applicable. Le juge du procès a dit aux jurés qu'ils ne pouvaient décider de la cause simplement en choisissant entre le témoignage de la plaignante et celui de l'accusé. Elle leur a expliqué que, même s'ils n'acceptaient pas intégralement le témoignage de l'accusé, ils pouvaient malgré tout en accepter des parties. Elle leur a aussi expliqué que l'accusé doit bénéficier de tout doute raisonnable et, dans ce contexte, elle leur a rappelé qu'ils devaient tenir compte de tous les éléments de preuve pour déterminer s'il subsistait un doute raisonnable dans leur esprit. Ces explications étaient suffisantes. [14-15]

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *R. c. Chan* (1989), 52 C.C.C. (3d) 184; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. H. (C.W.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 146; *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212; *R. c. Levasseur*, [1994] 3 R.C.S. 518, inf. (1994), 89 C.C.C. (3d) 508; *R. c. C.L.Y.*, [2008] 1 R.C.S. 5, 2008 CSC 2; *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 271(1)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Saunders, Oland et

Fichaud J.J.A.) (2007), 250 N.S.R. (2d) 360, 217 C.C.C. (3d) 52, 44 C.R. (6th) 302, [2007] N.S.J. No. 37 (QL), 2007 CarswellINS 40, 2007 NSCA 12, setting aside the conviction of the accused for sexual assault. Appeal allowed.

*Daniel A. MacRury, Q.C.*, for the appellant.

*Joel E. Pink, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — The Crown appeals the decision of the Nova Scotia Court of Appeal setting aside the conviction of the respondent for the sexual assault of his stepdaughter. The complainant and the accused were the principal witnesses. The majority judgment of the Court of Appeal concluded that the trial judge had insufficiently instructed the jury on their duty, even if they disbelieved the accused, to determine whether the Crown had proved on the whole of the evidence every element of the charge against him to the criminal standard of proof. In other words, the majority concluded that the jury was not clearly instructed that lack of credibility on the part of the accused does not equate to proof of his guilt beyond a reasonable doubt as required by *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. The dissenting judge in the Court of Appeal, Saunders J.A., was of the view that the jury instruction on this point left no room for misunderstanding about the correct burden and standard of proof to apply. That is the bottom line. I agree with him and would allow the appeal.

## I. Facts

[2] The respondent was the stepfather of the complainant. The complainant testified that the respondent, who lived in the same house along with her sister and their mother, started sexually abusing her when she was approximately four years old. The abuse went on consistently, and intensified from touching to intercourse as she got older

Fichaud) (2007), 250 N.S.R. (2d) 360, 217 C.C.C. (3d) 52, 44 C.R. (6th) 302, [2007] N.S.J. No. 37 (QL), 2007 CarswellINS 40, 2007 NSCA 12, annulant la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

*Daniel A. MacRury, c.r.*, pour l'appelante.

*Joel E. Pink, c.r.*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Le ministère public interjette appel de la décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse d'annuler la déclaration de culpabilité de l'intimé pour agression sexuelle à l'endroit de sa belle-fille. La plaignante et l'accusé ont été les principaux témoins. Les juges de la majorité en Cour d'appel ont conclu que la juge du procès n'avait pas fait un exposé suffisamment détaillé aux jurés quant à l'obligation qui leur incombait — même s'ils ne croyaient pas l'accusé — de déterminer si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le ministère public avait prouvé tous les éléments de l'accusation selon la norme de preuve applicable en matière criminelle. Autrement dit, les juges de la majorité ont conclu que le jury n'avait pas été clairement avisé, comme l'exige *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, que le manque de crédibilité de l'accusé n'équivaut pas à la preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Le juge Saunders, dissident en Cour d'appel, était plutôt d'avis que l'exposé au jury à cet égard ne laissait place à aucune interprétation erronée quant au fardeau de la preuve et à la norme applicable. C'est là le point essentiel. Je suis d'accord avec lui et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

## I. Les faits

[2] L'intimé était le beau-père de la plaignante. Selon le témoignage de cette dernière, qui vivait avec sa sœur et sa mère sous le même toit que l'intimé, celui-ci a commencé à l'agresser sexuellement lorsqu'elle était âgée d'environ quatre ans. Il l'agressait régulièrement et il est passé des attouchements aux relations sexuelles complètes au fur

(A.R., at pp. 142-45). When she was eight-and-a-half years old and again when she was almost 15, the complainant told her mother about the assault, but the mother did not believe her on either occasion, at least initially. Eventually, the mother told the respondent to leave the house. At the age of 15, the complainant went to the police.

[3] The complainant's mother testified that when the complainant was about 13, she began to hang around with a rough crowd that was breaking into houses and mailboxes. She was smoking, drinking, had a lot of problems with her teachers and the principal at school, and rebelled at everything. According to her sister, the complainant went from being "kind of a good little apple to a bad apple" as she got older (A.R., at p. 358). The sister described the relationship between her mother and the complainant as "very rocky", and living with them as "sheer chaos" (A.R., at p. 362).

[4] The accused denied all allegations of impropriety. The defence theory was that the complainant began to act up when her biological father first came back into her life when she was about 11 years old. Shortly afterwards he again ceased contact with her. The complainant felt rejected. In response to her uncontrollable behaviour, the respondent threatened to send her to a Catholic school, which the defence says prompted her false allegations of sexual assault (A.R., at pp. 126-27).

## II. Judicial History

### A. *Supreme Court of Nova Scotia — Robertson J.*

[5] The respondent was tried before a judge and jury for sexual assault contrary to s. 271(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The issue at trial was whether the alleged events ever happened. The trial judge charged the jury on credibility as follows:

et à mesure qu'elle vieillissait (d.a., p. 142-145). Lorsqu'elle était âgée de huit ans et demi, puis à nouveau lorsqu'elle était âgée de près de 15 ans, la plaignante a parlé à sa mère des agressions. Celle-ci ne l'a pas crue, ni la première, ni la deuxième fois, du moins initialement. Plus tard, la mère a chassé l'intimé de la maison. À l'âge de 15 ans, la plaignante a communiqué avec les policiers pour leur raconter les faits.

[3] Selon le témoignage de la mère de la plaignante, lorsque sa fille était âgée d'environ 13 ans, elle a commencé à fréquenter un groupe de voyous qui entraient par effraction dans des maisons et saccageaient des boîtes aux lettres. Elle fumait, buvait, avait beaucoup de problèmes avec ses professeurs et la direction de son école et elle se rebellait à propos de tout. Selon sa sœur, en vieillissant, la plaignante qui était une [TRADUCTION] « bonne petite pomme » est devenue une « pomme pourrie » (d.a., p. 358). Toujours selon sa sœur, la plaignante et sa mère avaient une relation « très tendue » et la vie en leur compagnie était « complètement chaotique » (d.a., p. 362).

[4] L'accusé a nié toutes les allégations d'actes répréhensibles. Selon la défense, la plaignante a commencé à faire des siennes au moment où son père biologique a réapparu dans sa vie lorsqu'elle avait environ 11 ans. Peu de temps après, il a de nouveau coupé les ponts avec elle. La plaignante s'est alors sentie rejetée. Incapable de contrôler le comportement de la plaignante, l'intimé l'a menacée de l'envoyer à l'école catholique, ce qui, selon la défense, l'aurait poussée à faire les fausses allégations d'agression sexuelle (d.a., p. 126-127).

## II. Historique des procédures judiciaires

### A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse — La juge Robertson*

[5] L'intimé a subi un procès devant une juge et un jury pour agression sexuelle en vertu de l'al. 271(1)(a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. En première instance, le litige portait sur la question de savoir si les événements allégués se sont effectivement produits. La juge du procès a donné les directives suivantes au jury concernant la crédibilité :

Now I'm going to speak to you about credibility of witnesses. To make your decision, you should consider carefully, and with an open mind, all the evidence presented during this trial. It will be up to you to decide how much or how little you will believe or rely upon the testimony of any witness. You may believe some, none or all. [A.R., at p. 45]

The trial judge also charged the jury as follows on the credibility of the respondent in particular:

Please remember that you do not have to accept or reject all of the testimony of any witness, including [the accused] . . . . It is up to you whether you accept all of his testimony . . . . [A.R., at p. 53]

[6] The jury was specifically instructed that the trial was not a choice between two competing versions of events:

The real issue in this case is whether the alleged events ever took place. It is for the Crown counsel to prove beyond a reasonable doubt that the events alleged in fact occurred. It is not for [the accused] to prove that these events never happened. If you have a reasonable doubt whether the events alleged ever took place, you must find him not guilty.

You do not decide whether something happened simply by comparing one version of events with another, or choosing one of them. You have to consider all the evidence and decide whether you have been satisfied beyond a reasonable doubt that the events that form the basis of the crime charged, in fact, took place. [A.R., at p. 54]

Defence counsel raised no objection to the charge. The jury returned a verdict of guilty.

#### B. *Court of Appeal of Nova Scotia*

[7] Oland J.A., writing for herself and Fichaud J.A., applied *W. (D.)*. In her view the trial judge insufficiently explained the principles of reasonable doubt as they applied to credibility. The jury

[TRADUCTION] Maintenant, je vais vous parler de la crédibilité des témoins. Pour prendre votre décision, vous devez examiner attentivement, et avec l'esprit ouvert, tous les éléments de preuve présentés durant le procès. C'est à vous qu'il reviendra de décider jusqu'à quel point vous accorderez foi ou non aux déclarations de tous les témoins et jusqu'à quel point vous fonderiez sur elles. Vous pouvez en croire une partie, la totalité ou n'en rien croire. [d.a., p. 45]

La juge du procès a aussi donné les directives suivantes au jury concernant plus particulièrement la crédibilité de l'intimé :

[TRADUCTION] Veuillez vous souvenir que vous n'êtes pas obligés d'accepter ou de rejeter intégralement le témoignage d'un témoin, notamment [de l'accusé] [. . .] C'est à vous de décider si vous acceptez intégralement son témoignage . . . [d.a., p. 53]

[6] Les jurés ont été expressément informés du fait que le procès ne consiste pas à faire un choix entre deux versions contradictoires des événements :

[TRADUCTION] En l'espèce, la vraie question en litige est celle de savoir si les événements allégués se sont réellement produits. Le ministère public a le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que les événements allégués se sont effectivement produits. Ce n'est pas à [l'accusé] de prouver que ces événements ne se sont jamais produits. Si vous avez un doute raisonnable quant à la survenance des événements allégués, vous devez le déclarer non coupable.

Vous ne décidez pas si quelque chose s'est produit simplement en comparant une version des événements à une autre ou en choisissant l'une d'entre elles. Vous devez examiner tous les éléments de preuve et décider si vous avez été convaincus hors de tout doute raisonnable que les événements qui constituent le fondement du crime reproché se sont bel et bien produits. [d.a., p. 54]

L'avocat de la défense n'a pas formulé d'objection à l'encontre de l'exposé. Le jury a rendu un verdict de culpabilité.

#### B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse*

[7] La juge Oland, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Fichaud, a appliqué l'arrêt *W. (D.)*. À son avis, la juge du procès n'a pas suffisamment expliqué les principes du doute

might have misunderstood the relationship between those two concepts. In her view:

While the *W. (D.)* phrasing is not a “magic incantation,” the trial judge’s instructions must get the message to the jury to satisfy the ultimate test — whether “the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply” (Cory J. in *W. (D.)*, supra, at p. [758 S.C.R.]).

((2007), 217 C.C.C. (3d) 52, 2007 NSCA 12, at para. 18)

Oland J.A. held that the jury instruction did not provide adequate guidance as to how the jury should proceed in their deliberations if they were “uncertain or unable to resolve the issue of credibility” (para. 21). Oland J.A. found that the instruction therefore failed to properly express the second *W. (D.)* principle, that “disbelief of the accused’s testimony does not exhaust the jury’s function” in assessing that testimony. “The jury must still consider whether the accused’s testimony leaves [them] with a reasonable doubt” (para. 22). In dissent, Saunders J.A. found the jury charge to be sufficient.

### III. Analysis

[8] A series of decisions over at least the past 20 years has affirmed and reaffirmed the proposition that where credibility is a central issue in a jury trial, the judge must explain the relationship between the assessment of credibility and the Crown’s ultimate burden to prove the guilt of the accused to the criminal standard. A general instruction on reasonable doubt without adverting to its relationship to the credibility (or lack of credibility) of the witnesses leaves open too great a possibility of confusion or misunderstanding. The so-called *W. (D.)* instruction has long roots: *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (Ont. C.A.), at p. 556; *R. v. Chan* (1989), 52 C.C.C. (3d) 184 (Alta. C.A.), at p. 186; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 362; *R. v. H. (C.W.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 146 (B.C.C.A.), at

raisonnable tels qu’ils s’appliquent à la crédibilité. Les jurés pourraient avoir mal compris le lien entre ces deux concepts. Selon elle :

[TRADUCTION] Même si la formulation de *W. (D.)* ne constitue pas une « incantation », l’exposé de la juge du procès doit transmettre le message aux jurés de manière à satisfaire au critère fondamental — soit celui de savoir si « le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s’appliquent » (le juge Cory dans *W. (D.)*, précité, à la p. [758 R.C.S.]).

((2007), 217 C.C.C. (3d) 52, 2007 NSCA 12, par. 18)

La juge Oland a conclu que l’exposé au jury ne fournissait pas les explications voulues quant à la façon dont les jurés devaient délibérer [TRADUCTION] « s’ils avaient des doutes sur la question de la crédibilité ou s’ils étaient incapables de la résoudre » (par. 21). La juge Oland a conclu que l’exposé n’exprimait donc pas comme il se doit le deuxième principe énoncé dans *W. (D.)*, selon lequel la [TRADUCTION] « tâche des jurés en ce qui a trait à l’appréciation du témoignage de l’accusé n’est pas achevée du simple fait qu’ils n’y ajoutent pas foi. Les jurés doivent encore se demander si le témoignage de l’accusé soulève malgré tout un doute raisonnable dans leur esprit » (par. 22). Le juge Saunders, dissident, estimait que l’exposé au jury était suffisant.

### III. Analyse

[8] Une série de décisions confirment et réaffirment depuis au moins 20 ans que, lorsque la question de la crédibilité est au centre d’un procès avec jury, le juge doit expliquer le lien entre l’évaluation de la crédibilité et le fardeau ultime du ministère public de prouver la culpabilité de l’accusé selon la norme de preuve applicable en matière criminelle. Un exposé général sur le doute raisonnable, qui ne fait pas le lien entre cette notion et la crédibilité (ou le manque de crédibilité) des témoins, prête trop à confusion ou à équivoque. Les racines de l’exposé décrit dans *W. (D.)* sont anciennes : *R. c. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (C.A. Ont.), p. 556; *R. c. Chan* (1989), 52 C.C.C. (3d) 184 (C.A. Alb.), p. 186; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 362; *R. c. H. (C.W.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 146 (C.A.C.-B.),

p. 155; *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212, at pp. 219 and 239; *R. v. Levasseur*, [1994] 3 S.C.R. 518 (upholding Fish J.A.'s dissent reported at (1994), 89 C.C.C. (3d) 508 (Que. C.A.), at p. 534). *W. (D.)* has been cited by Canadian courts at all levels in no fewer than 3,743 subsequent reported cases. It has proven to be a fertile source of appellate review. For a recent application, see *R. v. C.L.Y.*, [2008] 1 S.C.R. 5, 2008 SCC 2.

[9] The passage from *W. (D.)* at issue in this case, as in so many others, is found at pp. 757-58, where Cory J. explained:

Ideally, appropriate instructions on the issue of credibility should be given, not only during the main charge, but on any recharge. A trial judge might well instruct the jury on the question of credibility along these lines:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.

If that formula were followed, the oft repeated error which appears in the recharge in this case would be avoided. The requirement that the Crown prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt is fundamental in our system of criminal law. Every effort should be made to avoid mistakes in charging the jury on this basic principle.

Nonetheless, the failure to use such language is not fatal if the charge, when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply . . . .

Essentially, *W. (D.)* simply unpacks for the benefit of the lay jury what reasonable doubt means in the context of evaluating conflicting testimonial

p. 155; *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212, p. 219 et 239; *R. c. Levasseur*, [1994] 3 R.C.S. 518 (confirmant la dissidence du juge Fish, publiée à (1994), 89 C.C.C. (3d) 508 (C.A. Qué.), p. 534). L'arrêt *W. (D.)* a été cité par les tribunaux canadiens de tous les niveaux dans au moins 3 743 causes subséquentes publiées. Il s'est avéré une source fertile d'examen en appel. Pour en consulter une application récente, voir l'arrêt *R. c. C.L.Y.*, [2008] 1 R.C.S. 5, 2008 CSC 2.

[9] Le passage de *W. (D.)* qui entre en jeu en l'espèce — comme dans de nombreuses autres causes — se trouve aux p. 757-758, où le juge Cory a expliqué :

Idéalement, il faudrait donner des directives adéquates sur le sujet de la crédibilité non seulement dans l'exposé principal mais dans tout exposé supplémentaire. Le juge du procès pourrait donner des directives aux jurés au sujet de la crédibilité selon le modèle suivant :

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.

Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé.

Si on utilisait cette formule, on éviterait l'erreur qu'on trouve trop souvent dans les exposés supplémentaires. L'obligation du ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable est fondamentale dans notre système de droit criminel. Il faudrait prendre tous les moyens possibles pour éviter de commettre des erreurs dans les directives au jury sur ce principe fondamental.

Néanmoins, l'omission de se servir de ce modèle n'est pas fatale si l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent . . .

Essentiellement, l'arrêt *W. (D.)* explique tout simplement au bénéfice des jurés profanes en quoi consiste un doute raisonnable dans le contexte

accounts. It alerts the jury to the “credibility contest” error. It teaches that trial judges are required to impress on the jury that the burden never shifts from the Crown to prove every element of the offence beyond a reasonable doubt.

[10] The precise formulation of the *W. (D.)* questions has been criticized. As to the first question, the jury may believe inculpatory elements of the statements of an accused but reject the exculpatory explanation. In *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1, the accused did not testify, but his description of the killing of his daughter was put into evidence by way of statements to the police. His description of the event itself was obviously believed. The exculpatory explanation did not amount to a defence at law. He was convicted. The principle that a jury may believe some, none, or all of the testimony of any witness, including that of an accused, suggests to some critics that the first *W. (D.)* question is something of an oversimplification.

[11] As to the second question, some jurors may wonder how, if they believe *none* of the evidence of the accused, such rejected evidence may nevertheless *of itself* raise a reasonable doubt. Of course, some elements of the evidence of an accused may raise a reasonable doubt, even though the bulk of it is rejected. Equally, the jury may simply conclude that they do not know whether to believe the accused’s testimony or not. In either circumstance the accused is entitled to an acquittal.

[12] The third question, again, is taken by some critics as failing to contemplate a jury’s acceptance of inculpatory bits of the evidence of an accused but not the exculpatory elements. In light of these possible sources of difficulty, Wood J.A. in *H. (C.W.)* suggested an additional instruction:

de l’évaluation de témoignages contradictoires. Il attire l’attention des jurés sur l’erreur consistant à procéder à un « concours de crédibilité ». Il explique que les juges de première instance sont tenus de bien faire comprendre aux jurés que le ministère public n’est jamais dispensé du fardeau de prouver tous les éléments de l’infraction hors de tout doute raisonnable.

[10] Le libellé précis des questions formulées dans *W. (D.)* a été critiqué. En ce qui a trait à la première question, le jury pourrait croire certains éléments inculpatatoires des déclarations d’un accusé tout en rejetant son explication disculpatoire. Dans *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1, l’accusé n’a pas témoigné, mais sa description du meurtre de sa fille a été mise en preuve au moyen de ses déclarations à la police. Manifestement, les jurés ont cru à cette description de l’événement même. Toutefois, l’explication disculpatoire qu’il a donnée n’équivalait pas à une défense en droit. Il a été déclaré coupable. Le principe selon lequel un jury peut croire une partie ou la totalité des témoignages, notamment de celui de l’accusé, ou n’en rien croire, fait dire à certains critiques que la première question de *W. (D.)* simplifie en quelque sorte la démarche à outrance.

[11] En ce qui a trait à la deuxième question, certains jurés pourraient se demander comment, s’ils *ne* croient *rien* au témoignage de l’accusé, cette preuve qu’ils rejettent pourrait néanmoins soulever *en soi* un doute raisonnable. Bien entendu, certains extraits du témoignage de l’accusé peuvent soulever un doute raisonnable, même si la majeure partie de ses déclarations est rejetée. De même, les jurés peuvent simplement conclure qu’ils ignorent s’ils doivent croire ou non le témoignage de l’accusé. Dans un cas comme dans l’autre, l’accusé a le droit d’être acquitté.

[12] Pour certains critiques, la troisième question omet, elle aussi, d’envisager la situation où un jury accepte les extraits inculpatatoires du témoignage d’un accusé tout en en rejetant les passages disculpatoires. Étant donné ces sources éventuelles de difficultés, le juge Wood de la Cour d’appel a suggéré dans *H. (C.W.)* de donner une directive supplémentaire :



I would add one more instruction in such cases, which logically ought to be second in the order, namely: “If, after a careful consideration of all the evidence, you are unable to decide whom to believe, you must acquit.” [p. 155]

[13] In short the *W. (D.)* questions should not have attributed to them a level of sanctity or immutable perfection that their author never claimed for them. *W. (D.)*'s message that it must be made crystal clear to the jury that the burden *never* shifts from the Crown to prove *every* element of the offence beyond a reasonable doubt is of fundamental importance but its application should not result in a triumph of form over substance. In *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, Cory J. reiterated that the *W. (D.)* instructions need not be given “word for word as some magic incantation” (p. 533). In *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56, Major J. for the majority pointed out that in any case where credibility is important “[t]he question is really whether, in substance, the trial judge’s instructions left the jury with the impression that it had to choose between the two versions of events” (para. 19). The main point is that lack of credibility on the part of the accused does not equate to proof of his or her guilt beyond a reasonable doubt.

[14] In the present case Oland J.A. agreed that the trial judge did not “call upon the jury to simply decide which of the complainant or [the accused] it believed” (para. 20). Nevertheless, in her view:

The charge only instructed that probable guilt was not enough to meet the standard of proof beyond a reasonable doubt, that the appellant was to be given the benefit of the doubt, and they did not have to accept or reject all of the testimony of any witness including his, and that they were to consider all of the evidence. Nowhere did it provide any guidance as to how, in the event they were uncertain or unable to resolve the issue of credibility, they were to proceed with their deliberations. The charge failed to direct that if the jury did not believe the testimony of the accused but were left in

[TRADUCTION] Dans ces cas, j’ajouterais la directive supplémentaire suivante qui, logiquement, devrait être la deuxième : « Si, après un examen minutieux de tous les éléments de preuve, vous êtes incapables de décider qui croire, vous devez prononcer l’acquittement. » [p. 155]

[13] Bref, il ne faudrait pas attribuer aux questions énoncées dans *W. (D.)* un caractère sacré ou un degré de perfection immuable que leur auteur n’a jamais revendiqué pour elles. Le message transmis par *W. (D.)* — soit que le jury doit être informé de manière limpide que le ministère public *n’est jamais* libéré du fardeau de prouver *tous* les éléments de l’infraction hors de tout doute raisonnable — est d’une importance capitale; son application ne devrait toutefois pas laisser la forme l’emporter sur le fond. Dans *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, le juge Cory a réitéré que les directives énoncées dans *W. (D.)* n’ont pas à être récitées « mot à mot comme une incantation » (p. 533). Dans *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56, le juge Major qui s’exprimait au nom des juges de la majorité a souligné que, dans toutes les causes où la question de la crédibilité revêt de l’importance, « [c]e qu’il importe vraiment de déterminer, c’est essentiellement si les directives du juge du procès ont donné au jury l’impression qu’il devait choisir entre les deux versions des événements » (par. 19). L’essentiel c’est que le manque de crédibilité de l’accusé n’équivaut pas à une preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

[14] En l’espèce, la juge Oland de la Cour d’appel a convenu que la juge du procès n’a pas [TRADUCTION] « demandé aux jurés de décider simplement s’ils croyaient la plaignante ou [l’accusé] » (par. 20). Toutefois, à son avis :

[TRADUCTION] L’exposé ne faisait qu’informer les jurés que la culpabilité probable ne suffisait pas pour satisfaire à la norme de preuve hors de tout doute raisonnable, qu’il fallait accorder le bénéfice du doute à l’appelant, qu’ils n’avaient pas à accepter ou à rejeter globalement le témoignage d’un témoin, notamment de l’accusé, et qu’ils devaient tenir compte de tous les éléments de preuve. Nulle part l’exposé n’expliquait-il comment les jurés devaient délibérer s’ils avaient des doutes sur la question de la crédibilité ou s’ils étaient incapables de la résoudre. Dans son exposé, la juge du

a reasonable doubt by that evidence, they *must* acquit.  
[Underlining added; para. 21.]

In my view, with respect, the reasoning of the majority brushes uncomfortably close to the “magic incantation” error. At the end of the day, reading the charge as a whole, I believe the instruction to this jury satisfied the ultimate test formulated by Cory J. in *W. (D.)* as being whether “the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply” (p. 758).

[15] Here the trial judge explained that any reasonable doubt must be resolved in favour of the accused. She also explained that even if they did not accept all of the accused’s testimony, they could still accept some of it. She also explained to the jury that they should *not* see their task as that of deciding between two versions of events. She told them that they could not decide the case simply by choosing between the evidence of the complainant and that of the accused. She reminded them, in that context, that they must consider *all* of the evidence when determining reasonable doubt. She stated:

You do not decide whether something happened simply by comparing one version of events with another, or choosing one of them. You have to consider all the evidence and decide whether you have been satisfied beyond a reasonable doubt that the events that form the basis of the crime charged, in fact, took place. [A.R., at p. 54]

... Again, you do not decide whether something happened simply by comparing one version of events with the other, or by choosing one of them. You have to consider all of the evidence and decide whether you have been satisfied beyond a reasonable doubt that the events that form the basis of the crimes charges, in fact, took place. [A.R., at p. 55]

procès a omis d’indiquer que, si les jurés ne croyaient pas le témoignage de l’accusé mais que celui-ci semait un doute raisonnable dans leur esprit, ils *devaient* prononcer l’acquittement. [Je souligne; par. 21.]

J’estime, avec égards, que le raisonnement des juges de la majorité frôle de façon inquiétante l’erreur de « l’incantation ». En définitive, je suis d’avis que, si on lit l’exposé comme un tout, les directives données au jury satisfaisaient au critère fondamental formulé par le juge Cory dans *W. (D.)*, soit que « le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s’appliquent » (p. 758).

[15] En l’espèce, la juge du procès a expliqué que l’accusé doit bénéficier de tout doute raisonnable. Elle a aussi expliqué aux jurés que, même s’ils n’acceptaient pas intégralement le témoignage de l’accusé, ils pouvaient malgré tout en accepter des parties. Elle leur a aussi expliqué qu’ils *ne* devaient *pas* penser que leur tâche consistait à choisir entre deux versions des événements. Elle leur a dit qu’ils ne pouvaient décider de la cause simplement en choisissant entre le témoignage de la plaignante et celui de l’accusé. Elle leur a rappelé, dans ce contexte, qu’ils devaient tenir compte de *tous* les éléments de preuve pour déterminer s’il subsistait un doute raisonnable dans leur esprit. Elle a affirmé :

[TRADUCTION] Vous ne décidez pas si quelque chose s’est produit simplement en comparant une version des événements à une autre ou en choisissant l’une d’entre elles. Vous devez examiner tous les éléments de preuve et décider si vous avez été convaincus hors de tout doute raisonnable que les événements qui constituent le fondement du crime reproché se sont bel et bien produits. [d.a., p. 54]

... Je le répète, vous ne décidez pas si quelque chose s’est produit simplement en comparant une version des événements à l’autre ou en choisissant l’une d’entre elles. Vous devez examiner tous les éléments de preuve et décider si vous avez été convaincus hors de tout doute raisonnable que les événements qui constituent le fondement des chefs d’accusation se sont bel et bien produits. [d.a., p. 55]

[16] In my view, the trial judge got across the point of the second *W. (D.)* question without leaving any realistic possibility of misunderstanding. As stated, she told the jury:

It is for the Crown counsel to prove beyond a reasonable doubt that the events alleged in fact occurred. It is not for [the accused] to prove that these events never happened. If you have a reasonable doubt whether the events alleged ever took place, you must find him not guilty. [Emphasis added; A.R., at p. 54.]

[17] There was much discussion at the hearing about defence counsel's failure to object. In my view, he correctly ascertained that the jury had been adequately instructed on the relationship between the assessment of credibility and the ultimate determination of guilt beyond a reasonable doubt. Before the recharge was given he told the trial judge he would "feel more comfortable if simply the wording that was read previously was re-read to the jury again" (A.R., at p. 77). He discharged his duty to the respondent.

#### IV. Disposition

[18] I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the conviction.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Solicitors for the respondent: Garson Pink, Halifax.*

[16] À mon avis, la juge du procès a bien expliqué le sens de la deuxième question énoncée dans *W. (D.)*, sans qu'il subsiste de réelles possibilités de méprise. Comme je l'ai mentionné, elle a dit aux jurés :

[TRADUCTION] Le ministère public a le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que les événements allégués se sont effectivement produits. Ce n'est pas à [l'accusé] de prouver que ces événements ne se sont jamais produits. Si vous avez un doute raisonnable quant à la survenance des événements allégués, vous devez le déclarer non coupable. [Je souligne; d.a., p. 54.]

[17] À l'audience, le fait que l'avocat de la défense n'a formulé aucune objection a été débattu abondamment. À mon avis, il a estimé à bon droit que les jurés avaient reçu des directives adéquates sur le lien entre l'évaluation de la crédibilité et la détermination ultime de la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Avant que la juge du procès ne fasse un nouvel exposé, l'avocat de la défense lui a dit qu'il [TRADUCTION] « serai[t] plus à l'aise si le texte qui avait été lu auparavant était simplement relu à l'intention du jury » (d.a., p. 77). Il s'est acquitté de son devoir envers l'intimé.

#### IV. Dispositif

[18] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'inflirmer le jugement de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Procureurs de l'intimé : Garson Pink, Halifax.*