Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Monty Shane Kishayinew *Respondent*

Indexed as: R. *v.* Kishayinew

2020 SCC 34

File No.: 38962.

2020: November 5.

Present: Moldaver, Côté, Rowe, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Sexual assault — Unreasonable verdict — Evidence — Assessment — Reliability — Capacity to consent — Accused convicted of sexual assault — Majority of Court of Appeal holding that trial judge erred by making findings of fact essential to verdict as to complainant's reliability and capacity to consent that were incompatible with evidence that was not otherwise contradicted or rejected — Majority setting aside conviction — Dissenting judge finding verdict was reasonable as trial judge reached conclusion on reliability that was reasonably available on evidence and did not make inconsistent findings of fact in relation to consent — Conviction restored.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Jackson, Barrington-Foote and Tholl JJ.A.), 2019 SKCA 127, 382 C.C.C. (3d) 560, 60 C.R. (7th) 51, [2019] S.J. No. 472 (QL), 2019 CarswellSask 613 (WL Can.), setting aside the conviction for sexual assault entered by Turcotte J., 2017 SKQB 177, [2017] S.J. No. 287 (QL), 2017 CarswellSask 339 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal allowed, Côté J. dissenting.

W. Dean Sinclair, *Q.C.*, for the appellant.

Brian Pfefferle and *Aleida Oberholzer*, for the respondent.

Louis Belleau, as *amicus curiae*.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Monty Shane Kishayinew *Intimé*

Répertorié : R. *c.* Kishayinew

2020 CSC 34

N° du greffe : 38962.

2020 : 5 novembre.

Présents : Les juges Moldaver, Côté, Rowe, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Agression sexuelle — Verdict déraisonnable — Preuve — Appréciation — Fiabilité — Capacité à consentir — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Arrêt majoritaire de la Cour d'appel portant que le juge du procès a commis une erreur en tirant relativement à la fiabilité et à la capacité de consentir de la plaignante des conclusions de fait essentielles au verdict qui étaient incompatibles avec des éléments de preuve par ailleurs non contredits ou rejetés — Déclaration de culpabilité annulée par les juges majoritaires — Conclusion du juge dissident portant que le verdict était raisonnable puisque la décision du juge du procès relativement à la fiabilité était raisonnable eu égard à la preuve et qu'il n'a pas tiré de conclusions de fait contradictoires en ce qui a trait au consentement — Déclaration de culpabilité rétablie.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Jackson, Barrington-Foote et Tholl), 2019 SKCA 127, 382 C.C.C. (3d) 560, 60 C.R. (7th) 51, [2019] S.J. No. 472 (QL), 2019 CarswellSask 613 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée par le juge Turcotte, 2017 SKQB 177, [2017] S.J. No. 287 (QL), 2017 CarswellSask 339 (WL Can.), et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

W. Dean Sinclair, *c.r.*, pour l'appelante.

Brian Pfefferle et *Aleida Oberholzer*, pour l'intimé.

Louis Belleau, en qualité d'*amicus curiae*.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] Moldaver J. — A majority of the Court is of the view that, when read in context, the trial judge's reasons make it clear that he was satisfied, beyond a reasonable doubt, that the complainant did not subjectively consent to any sexual activity with Mr. Kishayinew. On this point, we are in agreement with the reasons of Justice Tholl in dissent, at paras. 52-78 of his judgment. The trial judge correctly recognized that, as a result of the complainant's memory blackouts, the only evidence available on the issue of subjective consent was the circumstantial evidence — that the complainant was crying and disoriented, that she did not want to go with Mr. Kishayinew, that she did not consent to his attempts to kiss or touch her, that she attempted to leave the house several times, and that, upon recovering from her blackout, she felt frightened, "weird down below", and wanted to escape. In our view, as the trial judge's reasons at paras. 94, 96 and 97 (2017 SKQB 177 (CanLII)) make apparent, this evidence reasonably permits only one inference: that the complainant did not consent to any touching from Mr. Kishayinew. This finding is sufficient to support the conviction for sexual assault.

[2] Justice Côté, dissenting, would have dismissed the appeal, substantially for the reasons of the majority of the Saskatchewan Court of Appeal.

[3] Accordingly, in the result, we would allow the appeal, restore the conviction for sexual assault, and remand the sentence appeal back to the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the respondent: Pfefferle Law Office, Saskatoon.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] Le juge Moldaver — La Cour est d'avis à la majorité que, considérés dans leur contexte, les motifs du juge du procès indiquent clairement qu'il était convaincu, hors de tout doute raisonnable, que la plaignante n'avait pas subjectivement consenti à quelque activité sexuelle que ce soit avec M. Kishayinew. Sur ce point, nous souscrivons aux motifs exposés par le juge Tholl, en dissidence, aux par. 52 à 78 de sa décision. Le juge du procès a à juste titre reconnu qu'en raison des trous de mémoire de la plaignante, la seule preuve qui existait quant à la question du consentement subjectif était la preuve circonstancielle suivante — la plaignante pleurait et était désorientée, elle ne voulait pas suivre M. Kishayinew, elle n'avait pas consenti à ses tentatives de l'embrasser ou de la toucher, elle avait tenté de quitter la maison à plusieurs reprises, et, après son trou de mémoire, elle s'était sentie effrayée et [traduction] « bizarre dans le bas-ventre » et voulait s'échapper. À notre avis, ainsi qu'il ressort des par. 94, 96 et 97 des motifs du juge du procès (2017 SKQB 177 (CanLII)), une seule inférence peut raisonnablement être tirée de cette preuve : la plaignante n'a consenti à aucun attouchement par M. Kishayinew. Cette conclusion est suffisante pour appuyer la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle.

[2] La juge Côté, dissidente, aurait rejeté l'appel, essentiellement pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan.

[3] En conséquence, nous accueillons l'appel, rétablissons la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle et renvoyons l'appel de la peine à la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intimé : Pfefferle Law Office, Saskatoon.