

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

James Handy *Respondent***INDEXED AS: R. v. HANDY****Neutral citation: 2002 SCC 56.**

File No.: 27996.

2001: October 9; 2002: June 21.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Accused convicted of sexual assault — Whether evidence by accused's former wife of alleged past assaults against her should have been admitted as similar fact evidence.

Evidence — Collusion — Admissibility of testimony of witness — Whether determination that complainant and witness had not colluded should have been condition precedent to admitting similar fact evidence of witness.

The accused was charged with sexual assault causing bodily harm. His defence was that the sex was consensual. The complainant's position was that she had consented to vaginal sex but not hurtful or anal sex. The Crown sought to introduce similar fact evidence from the accused's former wife to the effect that the accused has a propensity to inflict painful sex, including anal sex, and when aroused will not take no for an answer. The similar fact evidence concerned seven alleged prior incidents. The accused denied assaulting the complainant and committing any of the alleged assaults on his ex-wife. He argued that his ex-wife and the complainant had colluded. His ex-wife acknowledged that she had met the complainant a few months before the alleged sexual assault took place and that she had told the complainant about the accused's criminal record, her allegations of abuse, that she had received \$16,500 from the Criminal Injuries Compensation Board, and that all she had to do to collect the money was say that she had been abused. The trial judge admitted the similar fact evidence and ruled that it was not for him to resolve the possibility

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

James Handy *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. HANDY****Référence neutre : 2002 CSC 56.**

N° du greffe : 27996.

2001 : 9 octobre; 2002 : 21 juin.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Accusé inculpé d'agression sexuelle — Le témoignage de l'ex-épouse de l'accusé concernant les agressions dont elle aurait été victime dans le passé aurait-il dû être admis en tant que preuve de faits similaires?

Preuve — Collusion — Admissibilité d'un témoignage — La décision qu'il n'y a pas eu collusion entre la plaignante et un témoin aurait-elle dû être une condition préalable à l'admission de la preuve de faits similaires produite par le témoin?

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle causant des lésions corporelles. Il a fait valoir, pour sa défense, que les relations sexuelles étaient consensuelles. La plaignante a prétendu qu'elle avait consenti à des relations vaginales, mais pas à des relations douloureuses ou anales. Le ministère public a cherché à présenter une preuve de faits similaires en faisant témoigner l'ex-épouse de l'accusé dans le but d'établir que ce dernier avait une propension à avoir des relations sexuelles douloureuses pour ses partenaires, y compris des relations anales, et qu'une fois stimulé il n'acceptait pas de se faire dire non. La preuve de faits similaires concernait sept épisodes qui seraient survenus antérieurement. L'accusé a nié avoir agressé la plaignante et avoir commis les agressions reprochées sur la personne de son ex-épouse. Il a soutenu qu'il y avait eu collusion entre son ex-épouse et la plaignante. L'ex-épouse a reconnu qu'elle avait rencontré la plaignante quelques mois avant l'agression sexuelle reprochée et qu'elle lui avait révélé l'existence du casier judiciaire de l'intimé, qu'elle lui avait fait part des sévices dont elle aurait été victime, qu'elle lui avait dit avoir

of collusion. The jury convicted the accused of sexual assault. The Court of Appeal held that the former wife's testimony had been wrongly admitted and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

The similar fact evidence was wrongly admitted. The former wife's testimony related to incidents removed in time, place and circumstances from the charge. It was thus only circumstantial evidence of the matters the jury was called on to decide and, as with any circumstantial evidence, its usefulness rested entirely on the validity of the inferences it was said to support with respect to the matters in issue. The argument for admitting the circumstantial evidence was that the jury might infer firstly that the accused is an individual who derives pleasure from sex that is painful to his partner, and will not take no for an answer, and secondly, that his character or propensity thus established gave rise to the further inference that he proceeded wilfully in this case knowing the complainant did not consent.

The prejudicial effect of this evidence outweighed its probative value and the trial judge had no discretion to admit it. Furthermore, his refusal to resolve the issue of collusion as a condition precedent to the admissibility of the evidence was an error of law. A new trial is required.

The general exclusionary rule that similar fact evidence is presumptively inadmissible has been affirmed repeatedly and recognizes that the potential for prejudice, distraction and time consumption associated with the evidence generally outweighs its probative value. Issues may arise, however, for which its probative value outweighs the potential for misuse. Similar circumstances may defy coincidence or other innocent explanation. As the evidence becomes more focussed and specific to the charge, its probative value becomes more cogent. The onus is on the prosecution to show on a balance of probabilities that the probative value of the similar fact evidence outweighs its potential for prejudice.

Similar fact evidence does not cease to be propensity evidence because it relates to an issue other than general disposition.

reçu la somme de 16 500 \$ de la Commission d'indemnisation des victimes d'actes criminels et que, pour obtenir l'argent, il lui avait suffi de dire qu'elle avait été maltraitée. Le juge du procès a admis la preuve de faits similaires et a décidé qu'il ne lui appartenait pas de résoudre la question de la possibilité de collusion. Le jury a déclaré l'accusé coupable d'agression sexuelle. La Cour d'appel a statué que le témoignage de l'ex-épouse avait été admis à tort et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La preuve de faits similaires a été admise à tort. Le témoignage de l'ex-épouse concernait des faits qui, sur les plans du temps, du lieu et des circonstances, étaient éloignés de l'accusation. Il ne constituait donc qu'une preuve circonstancielle des questions que le jury était appelé à trancher. À l'instar de toute preuve circonstancielle, son utilité dépendait entièrement de la validité des inférences qu'il étayait, disait-on, relativement aux questions en litige. On a justifié l'admission de la preuve circonstancielle par le fait que le jury pourrait inférer, premièrement, que l'accusé est un individu qui éprouve du plaisir à infliger de la douleur à ses partenaires sexuelles et qui n'accepte pas de se faire dire non, et deuxièmement, que la moralité ou la propension de l'accusé ainsi établie permettait de déduire qu'il a agi délibérément en l'espèce, tout en sachant que la plaignante n'était pas consentante.

L'effet préjudiciable de cette preuve l'emportait sur sa valeur probante et le juge du procès n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de l'admettre. De plus, il a commis une erreur de droit en refusant de trancher la question de la collusion en tant que condition préalable d'admissibilité de la preuve en cause. Un nouveau procès s'impose.

La règle générale d'exclusion voulant que la preuve de faits similaires soit présumée inadmissible a été confirmée à maintes reprises. Elle reconnaît que le risque que cette preuve cause un préjudice, détourne l'attention du jury et entraîne un délai excessif l'emporte habituellement sur sa valeur probante. Cependant, il peut se poser des questions à l'égard desquelles la valeur probante de la preuve de faits similaires l'emporte sur le risque qu'elle soit mal utilisée. Il se peut que les circonstances similaires écartent toute coïncidence ou autre explication tendant à innocenter l'accusé. Plus la preuve se rapproche spécifiquement de l'accusation, plus sa valeur probante augmente. Il incombe à la poursuite de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de la preuve de faits similaires l'emporte sur le préjudice qu'elle peut causer.

La preuve de faits similaires ne cesse pas d'être une preuve de propension du fait qu'elle se rapporte à une question autre que la prédisposition générale.

The principal driver of probative value is the connectiveness of the evidence to the alleged offences. Factors that may support admission of such evidence include the proximity in time of the similar acts, similarity in detail, the number of occurrences of similar acts, similarities of circumstances, and any distinctive features. Exclusionary factors include the inflammatory nature of the similar acts, whether the Crown can prove its point with less prejudicial evidence, the potential for distraction, and whether admitting the evidence will consume undue time.

If the evidence of collusion amounts to no more than opportunity to collude, the issue usually is best left to the jury. In this case, however, there was some evidence of actual collusion, or at least an “air of reality” to the allegations. The Crown was thus required to satisfy the trial judge, on a balance of probabilities, that the evidence of similar facts was not tainted with collusion. That much would gain admission. It would then be for the jury to make the ultimate determination of its worth.

It was not sufficient for the Crown simply to proffer dicey evidence that if believed would have probative value. It was not incumbent on the defence to prove collusion. It was a condition precedent to admissibility that the probative value of the proffered evidence outweigh its prejudicial effect and the onus was on the Crown to satisfy that condition. The trial judge erred in law in deferring the whole issue of collusion to the jury.

The issue at trial to which the similar fact evidence related was the consent component of the *actus reus* and, in relation to that issue, the accused’s alleged propensity to refuse to take no for an answer. Identifying the issue merely as credibility risked admitting evidence of nothing more than general disposition. The similar fact evidence of the former wife was capable of raising an inference that the accused derived pleasure from sex that was painful to her and would not take no for an answer. The second inference, i.e., that he proceeded in this case, knowing the complainant did not consent, is more problematic. The trial judge paid insufficient attention to dissimilarities between the alleged similar acts and the offence charged. At least one allegedly similar incident was largely irrelevant and there were important dissimilarities in the other incidents. None of the allegedly similar incidents began as consensual, the dynamics of the situations differed, and all occurred in

La principale source de valeur probante est le rapport existant entre la preuve en cause et les infractions reprochées. Parmi les facteurs qui peuvent justifier l’admission d’une telle preuve, il y a la proximité temporelle des épisodes similaires, la ressemblance sur le plan des détails, la fréquence des actes similaires, les similitudes sur le plan des circonstances et tout trait distinctif. Les facteurs justifiant l’exclusion comprennent le caractère incendiaire des actes similaires, la question de savoir si le ministère public peut prouver ce qu’il avance à l’aide d’éléments de preuve moins préjudiciables, le risque de détournement d’attention du jury et la question de savoir si l’admission de la preuve entraînera un délai excessif.

Si la preuve de collusion ne révèle rien de plus qu’une possibilité de collusion, il est habituellement préférable de laisser au jury le soin de trancher cette question. Toutefois, il existait en l’espèce une certaine preuve de collusion véritable ou des allégations à tout le moins vraisemblables. Le ministère public devait donc convaincre le juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve de faits similaires n’était pas viciée par une collusion. Il lui suffisait de faire cela pour que la preuve soit admise. Il appartenait ensuite au jury de prendre la décision finale quant à la valeur de cette preuve.

Il ne suffisait pas que le ministère public produise des éléments de preuve risqués qui, si on leur ajoutait foi, auraient une valeur probante. Il n’appartenait pas à la défense de prouver l’existence d’une collusion. Pour qu’il y ait admissibilité, il fallait préalablement établir que la valeur probante de la preuve produite l’emportait sur son effet préjudiciable, et il appartenait au ministère public de remplir cette condition. Le juge du procès a commis une erreur de droit en renvoyant au jury toute la question de la collusion.

Au procès, la preuve de faits similaires concernait le consentement en tant qu’élément de l’*actus reus* et, à cet égard, la propension qu’aurait l’intimé à ne pas accepter qu’on lui dise non. Décider que la question soulevée était simplement celle de la crédibilité risquait de donner lieu à l’admission de rien de plus qu’une preuve de prédisposition générale. La preuve de faits similaires produite par l’ex-épouse de l’accusé pouvait permettre de faire l’inférence que celui-ci éprouvait du plaisir à lui infliger de la douleur lorsqu’il avait des relations sexuelles avec elle et qu’il n’acceptait qu’elle lui dise non. La deuxième inférence, selon laquelle l’accusé avait en l’espèce continué d’agir tout en sachant que la plaignante n’était pas consentante, pose beaucoup plus de difficultés. Le juge du procès n’a pas suffisamment prêté attention aux différences entre l’infraction reprochée et les actes similaires qui auraient été accomplis. Au moins un épisode soi-disant similaire était en grande partie non pertinent.

the very different context of a long-term, dysfunctional marriage.

The former wife's evidence described incidents more reprehensible than the actual charge before the court and had a serious potential for moral prejudice. It also had the potential to create significant reasoning prejudice by distracting the jury from their proper focus and by consuming undue time. Prejudice does not necessarily recede as probative value advances. As the Crown did not discharge its onus of establishing on a balance of probabilities that the probative value of the similar fact evidence outweighed its potential for prejudice, it ought to have been excluded.

Cases Cited

Discussed: *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, rev'g (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; **explained:** *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; **not followed:** *Pfennig v. R.* (1995), 127 A.L.R. 99; **referred to:** *R. v. Watson* (1996), 50 C.R. (4th) 245; *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Harrison's Trial* (1862), 12 How. St. Tr. 833; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Leblanc v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 339; *United States v. York*, 933 F.2d 1343 (1991); *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *R. v. Batte* (2000), 34 C.R. (5th) 197; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654; *R. v. Sims*, [1946] 1 All E.R. 697; *R. v. Clermont*, [1986] 2 S.C.R. 131; *R. v. Bosley* (1992), 18 C.R. (4th) 347; *R. v. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436; *R. v. Hanna* (1990), 57 C.C.C. (3d) 392; *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. v. Straffen*, [1952] 2 Q.B. 911; *R. v. Carpenter* (1982), 142 D.L.R. (3d) 237; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Huot* (1993), 16 O.R. (3d) 214; *R. v. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465; *R. v. Fleming* (1999), 171 Nfld. & P.E.I.R. 183; *R. v. Dupras*, [2000] B.C.J. No. 1513 (QL); *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*, [1973] A.C. 729; *United States v. Enjady*, 134 F.3d 1427 (1998), *certiorari* denied, 525 U.S. 887 (1998); *Hodge's Case*

De plus, les autres épisodes présentaient des différences importantes. Aucun des épisodes soi-disant similaires n'a été consensuel au début, pour ensuite devenir non consensuel, la dynamique des situations différait et tous les épisodes sont survenus dans le contexte fort différent d'un mariage dysfonctionnel de longue durée.

Dans son témoignage, l'ex-épouse de l'accusé a décrit des faits plus répréhensibles que l'accusation dont est saisi le tribunal. Cette preuve risquait sérieusement de causer un préjudice moral et elle était également susceptible d'engendrer un grave préjudice par raisonnement en détournant l'attention du jury et en entraînant un délai excessif. Le préjudice ne diminue pas nécessairement au fur et à mesure que la valeur probante augmente. Étant donné que le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de la preuve de faits similaires l'emportait sur le préjudice qu'elle était susceptible de causer, cette preuve aurait dû être écartée.

Jurisprudence

Arrêts analysés : *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *Makin c. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, inf. (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; **arrêts interprétés :** *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; **arrêt non suivi :** *Pfennig c. R.* (1995), 127 A.L.R. 99; **arrêts mentionnés :** *R. c. Watson* (1996), 50 C.R. (4th) 245; *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Harrison's Trial* (1862), 12 How. St. Tr. 833; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Leblanc c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 339; *United States c. York*, 933 F.2d 1343 (1991); *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Batte* (2000), 34 C.R. (5th) 197; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654; *R. c. Sims*, [1946] 1 All E.R. 697; *R. c. Clermont*, [1986] 2 R.C.S. 131; *R. c. Bosley* (1992), 18 C.R. (4th) 347; *R. c. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436; *R. c. Hanna* (1990), 57 C.C.C. (3d) 392; *R. c. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. c. Straffen*, [1952] 2 Q.B. 911; *R. c. Carpenter* (1982), 142 D.L.R. (3d) 237; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. c. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. c. Huot* (1993), 16 O.R. (3d) 214; *R. c. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465; *R. c. Fleming* (1999), 171 Nfld. & P.E.I.R. 183; *R. c. Dupras*, [2000] B.C.J. No. 1513 (QL); *Director of Public Prosecutions c. Kilbourne*, [1973] A.C. 729; *United States c. Enjady*, 134 F.3d 1427 (1998), *certiorari* refusé, 525 U.S. 887 (1998); *Hodge's*

(1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; *R. v. H.*, [1995] 2 A.C. 596; *R. v. Kenny* (1996), 108 C.C.C. (3d) 349; *R. v. McDonald* (2000), 148 C.C.C. (3d) 273; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Smith* (1915), 84 L.J.K.B. 2153; *R. v. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *Director of Public Prosecutions v. P.*, [1991] 2 A.C. 447; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 718.2.

Authors Cited

Acorn, A. E. “Similar Fact Evidence and the Principle of Inductive Reasoning: Makin Sense” (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 63.
Cross and Tapper on Evidence, 9th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1999.
Delisle, R. J. “The Direct Approach to Similar Fact Evidence” (1996), 50 C.R. (4th) 286.
Durstun, Gregory. “Similar Fact Evidence: A Guide for the Perplexed in the Light of Recent Cases” (1996), 160 *Justice of the Peace & Local Government Law* 359.
Great Britain. Law Commission. Consultation Paper No. 141. *Evidence in Criminal Proceedings: Previous Misconduct of a Defendant*. London: HMSO, 1996.
Lloyd-Bostock, S. “The Effects on Juries of Hearing About the Defendant’s Previous Criminal Record: A Simulation Study”, [2000] *Crim. L.R.* 734.
Martin, G. Arthur. “Similar Fact Evidence”, [1984] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 1.
McCormick on Evidence, vol. 1, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated October 2001, release 27).
Mueller, Christopher B., and Laird C. Kirkpatrick. *Federal Evidence*, Cumulative Supplement to vol. 2, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Cooperative Publishing, 1994 & Supp. 2001.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 1999.
Pickel, Kerri L. “Inducing Jurors to Disregard Inadmissible Evidence: A Legal Explanation Does Not Help” (1995), 19 *Law & Hum. Behav.* 407.
Rosenberg, Marc. “Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct”. In National Criminal Law Program, *Criminal Evidence*. Vancouver: Federation of Law Societies of Canada, 1994, section 8.1.

Case (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; *R. c. H.*, [1995] 2 A.C. 596; *R. c. Kenny* (1996), 108 C.C.C. (3d) 349; *R. c. McDonald* (2000), 148 C.C.C. (3d) 273; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Smith* (1915), 84 L.J.K.B. 2153; *R. c. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *Director of Public Prosecutions c. P.*, [1991] 2 A.C. 447; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.2.

Doctrine citée

Acorn, A. E. « Similar Fact Evidence and the Principle of Inductive Reasoning : Makin Sense » (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 63.
Cross and Tapper on Evidence, 9th ed. By Colin Tapper. London : Butterworths, 1999.
Delisle, R. J. « The Direct Approach to Similar Fact Evidence » (1996), 50 C.R. (4th) 286.
Durstun, Gregory. « Similar Fact Evidence : A Guide for the Perplexed in the Light of Recent Cases » (1996), 160 *Justice of the Peace & Local Government Law* 359.
Grande-Bretagne. Law Commission. Consultation Paper No. 141. *Evidence in Criminal Proceedings : Previous Misconduct of a Defendant*. London : HMSO, 1996.
Lloyd-Bostock, S. « The Effects on Juries of Hearing About the Defendant’s Previous Criminal Record : A Simulation Study », [2000] *Crim. L.R.* 734.
Martin, G. Arthur. « Similar Fact Evidence », [1984] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 1.
McCormick on Evidence, vol. 1, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn. : West Group, 1999.
McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 3rd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated October 2001, release 27).
Mueller, Christopher B., and Laird C. Kirkpatrick. *Federal Evidence*, Cumulative Supplement to vol. 2, 2nd ed. Rochester, N.Y. : Lawyers Cooperative Publishing, 1994 & Supp. 2001.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 1999.
Pickel, Kerri L. « Inducing Jurors to Disregard Inadmissible Evidence : A Legal Explanation Does Not Help » (1995), 19 *Law & Hum. Behav.* 407.
Rosenberg, Marc. « Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct ». In National Criminal Law Program, *Criminal Evidence*. Vancouver : Federation of Law Societies of Canada, 1994, section 8.1.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Stuesser, Lee. “Similar Fact Evidence in Sexual Offence Cases” (1997), 39 *Crim. L.Q.* 160.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1979.

Wissler, Roselle L., and Michael J. Saks. “On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt” (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 37.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 48 O.R. (3d) 257, 131 O.A.C. 297, 32 C.R. (5th) 316, 145 C.C.C. (3d) 177, [2000] O.J. No. 1373 (QL), allowing the accused’s appeal from a decision of the Ontario Court (General Division). Appeal dismissed.

Christopher Webb, for the appellant.

Richard N. Stern and *David E. Harris*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The principal issues in this case are (i) the test for the admissibility of discreditable similar fact evidence where the credibility of the complainant (as distinguished from the identification of the accused) is the issue, and (ii) the impact of potential collusion on the admissibility of such evidence.

The respondent was charged with sexual assault causing bodily harm. The complainant, a casual acquaintance, says that consensual vaginal sex following a drinking session at a bar turned into hurtful non-consensual vaginal and subsequently anal sex accompanied by physical abuse. At the respondent’s trial, the Crown sought to introduce the evidence of his ex-wife about seven allegedly “similar fact” incidents (or “similar acts”) that occurred during their seven-year, abusive and sometimes violent cohabitation (interrupted by his incarceration for unrelated sexual assaults) which produced three children. The

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Stuesser, Lee. « Similar Fact Evidence in Sexual Offence Cases » (1997), 39 *Crim. L.Q.* 160.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1979.

Wissler, Roselle L., and Michael J. Saks. « On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt » (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 37.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (2000), 48 O.R. (3d) 257, 131 O.A.C. 297, 32 C.R. (5th) 316, 145 C.C.C. (3d) 177, [2000] O.J. No. 1373 (QL), qui a accueilli l’appel de l’accusé contre une décision de la Cour de l’Ontario (Division générale). Pourvoi rejeté.

Christopher Webb, pour l’appelante.

Richard N. Stern et *David E. Harris*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Les principales questions en litige en l’espèce concernent (i) le critère d’admissibilité d’une preuve de faits similaires déshonorants dans le cas où la crédibilité de la plaignante (par opposition à l’identification de l’accusé) est en cause, et (ii) l’incidence d’une possibilité de collusion sur l’admissibilité d’une telle preuve.

L’intimé a été accusé d’agression sexuelle causant des lésions corporelles. La plaignante, une connaissance de l’intimé, affirme que les relations vaginales consensuelles qu’ils ont eues après avoir consommé de l’alcool dans un bar ont dégénéré en relations sexuelles vaginales puis anales non consensuelles douloureuses, accompagnées de violence physique. Au procès, le ministère public a cherché à faire témoigner l’ex-épouse de l’intimé au sujet de sept épisodes de « faits similaires » (ou d’« actes similaires ») qui seraient survenus au cours de leurs sept années de cohabitation marquée par

1

2

trial judge admitted the evidence and the jury convicted the respondent of the lesser offence of sexual assault.

3

The respondent says that the jury ought not to have considered evidence of alleged misconduct which was outside the subject matter of the charge in the indictment, and that evidence of his allegedly brutal disposition, or alleged propensity for hurtful sex, was highly prejudicial to a fair trial. Moreover, he says, the “similar” facts are not similar and in any event the complainant and his ex-wife colluded. The Ontario Court of Appeal ruled that the similar fact evidence was wrongly admitted and ordered a new trial. I agree and would dismiss the appeal.

I. Facts

4

The complainant’s evidence was that on the evening of December 6, 1996, she went out drinking with some friends. The respondent, whom she had met six months earlier, was also at the bar. The two spent the evening drinking and flirting with one another. After leaving the bar, they went to the home of one of the complainant’s friends to smoke marijuana. The respondent and the complainant left the house together and drove to a nearby motel intending to have sex. In the course of vaginal intercourse, she became upset because the respondent was hurting her, forcing himself into her. She told him that it was painful but he continued. He then brusquely switched to anal intercourse. She said, “Stop that, it hurts”. She tried to get him off her or to make him stop but he would not. She slapped his face. She says he hit her on the chest, he grabbed her arms, squeezed her stomach and choked her, and he punched her. She says she was pleading and crying. She had consented to vaginal sex but she did not consent to and did not want anal sex. After the incident, she told the respondent that he had made

l’oppression et parfois la violence (et interrompue par l’incarcération de l’intimé pour des agressions sexuelles sans rapport avec l’accusation en l’espèce), dont sont issus trois enfants. Le juge du procès a admis ce témoignage et le jury a déclaré l’intimé coupable de l’infraction moindre d’agression sexuelle.

L’intimé prétend que le jury n’aurait pas dû tenir compte de la preuve de l’inconduite alléguée qui n’avait rien à voir avec l’objet de l’accusation. De plus, l’intimé a soutenu que la preuve de son prétendu tempérament brutal ou de la propension qu’il aurait à infliger de la douleur à ses partenaires sexuelles a gravement compromis la tenue d’un procès équitable. Il soutient, en outre, que les faits que l’on dit « similaires » ne sont pas similaires et que, de toute façon, il y a eu collusion entre son ex-épouse et la plaignante. La Cour d’appel de l’Ontario a statué que la preuve de faits similaires avait été admise à tort et a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Je souscris à cette opinion et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

Dans son témoignage, la plaignante a affirmé être sortie prendre un verre avec des amis pendant la soirée du 6 décembre 1996. L’intimé, qu’elle avait rencontré six mois auparavant, se trouvait également dans le bar où elle s’est rendue. Les deux ont passé la soirée à boire et à flirter ensemble. Après avoir quitté le bar, ils se sont rendus chez l’un des amis de la plaignante pour fumer de la marijuana. L’intimé et la plaignante ont quitté les lieux ensemble et se sont rendus en voiture à un motel avoisinant pour y avoir des relations sexuelles. Pendant qu’elle avait des relations sexuelles vaginales avec l’intimé, la plaignante s’est indignée parce qu’il lui faisait mal en la pénétrant de force. Elle lui a dit que c’était douloureux, mais il a continué. Il est alors passé brusquement à la sodomie. Elle lui a dit : [TRADUCTION] « Arrête, ça fait mal ». Elle a tenté de se dégager ou de l’interrompre, mais en vain. Elle l’a giflé. Selon elle, il l’a alors frappée au thorax, lui a saisi les bras, lui a pressé l’abdomen, l’a étranglée et lui a donné des coups de poing. Elle a raconté qu’elle l’avait supplié d’arrêter et qu’elle pleurait. Elle

her bleed. He allegedly responded to her by saying, “What the hell am I doing here? Why does this kee[p] happening to me?”

A number of witnesses testified that they had seen bruises on her throat, chest and arms in the days following the incident. The complainant was diagnosed with post-traumatic stress.

A. *The Similar Fact Evidence*

The respondent’s defence was that the sex was consensual. The issue thus came down to credibility on the consent issue. The Crown sought to introduce similar fact evidence from the respondent’s former wife to the effect that the respondent has a propensity to inflict painful sex and when aroused will not take no for an answer. It was thus tendered to explain why the complainant should be believed when she testified that the assault proceeded despite her protest.

(1) Incident One

In March 1990, a few weeks after their first child was born, the ex-wife says the respondent wanted to have sexual intercourse with her to “see what it would feel like”. She did not want to do so because she thought that it would be painful. The respondent insisted that they have vaginal intercourse. Once they started she told the respondent that she was in pain but he did not stop.

(2) Incident Two

Five or six months later she and the respondent visited her sister and brother-in-law in their mobile trailer. After everyone went to bed, the respondent wanted to have sexual intercourse. She told the respondent that she did not want to have sex because her sister and her husband were at the other end of the trailer. She tried to move away

avait consenti à des relations vaginales, mais refusait d’avoir des relations anales auxquelles elle n’avait pas consenti. Après cet épisode, elle lui a dit qu’il l’avait fait saigner. L’intimé lui aurait répondu : [TRADUCTION] « Qu’est-ce que je fous ici? Pourquoi est-ce que ça m’arrive toujours? »

Un certain nombre de témoins ont dit avoir remarqué que la plaignante avait des ecchymoses au cou, au thorax et aux bras au cours des jours suivants. On a diagnostiqué que la plaignante souffrait de stress post-traumatique.

A. *La preuve des faits similaires*

L’intimé a fait valoir, pour sa défense, que les relations sexuelles étaient consensuelles. La crédibilité relative à la question du consentement s’est révélée être au cœur du litige. Le ministère public a cherché à présenter une preuve de faits similaires en faisant témoigner l’ex-épouse de l’intimé dans le but d’établir que ce dernier avait une propension à infliger de la douleur pendant qu’il avait des relations sexuelles et qu’une fois stimulé il n’acceptait pas de se faire dire non. Cette preuve visait à expliquer pourquoi il y avait lieu de croire la plaignante lorsqu’elle affirmait que l’agression s’était poursuivie malgré ses protestations.

(1) Le premier épisode

L’ex-épouse a raconté qu’en mars 1990, quelques semaines après la naissance de leur premier enfant, l’intimé avait voulu avoir des relations sexuelles avec elle [TRADUCTION] « pour voir quel effet ça ferait ». Elle a refusé parce qu’elle croyait que ce serait douloureux. L’intimé a insisté pour qu’ils aient des relations vaginales. Dès le début, elle lui a dit qu’elle avait mal, mais il a continué.

(2) Le deuxième épisode

Cinq ou six mois plus tard, l’ex-épouse, accompagnée de l’intimé, est allée visiter sa sœur et son beau-frère dans leur maison mobile. Lorsqu’ils se furent tous retirés pour aller se coucher, l’intimé a voulu avoir des relations sexuelles. Elle a refusé en invoquant le fait que sa sœur et son époux étaient couchés à l’autre bout de la maison mobile. Elle a

5

6

7

8

from him. The respondent told her to shut up and had vaginal intercourse with her anyway.

(3) Incident Three

9

She returned home one day to find that the respondent had invited a number of people to their apartment for a party. After seeing the respondent tickle two women on the couch, she got angry and told everyone to leave. After most of the guests departed, she went into the bedroom. The respondent followed her. He was upset that she had broken up his party. He tried to have intercourse with her. She tried to get away but he blocked the door with a dresser. She then attempted to flee through the second floor bedroom window, but he pulled her back in. He then forced her to have vaginal intercourse and passed out.

(4) Incident Four

10

Sometime early in 1992, the respondent came home drunk and wanted to have anal intercourse. She told him that she did not want to do so because it had hurt her on previous occasions. The respondent initiated anal intercourse nonetheless. She kept moving and tried to get away. Eventually, he grabbed a bottle of baby oil from underneath the bed and applied the oil to his penis and her anus. He initiated anal intercourse. They were interrupted by a crying baby, and she used the distraction to escape to the basement but the respondent followed her. He told her that if she did not stop running, he would tie her up with a rope. She ran naked from the house and over to the neighbour's house. The police were called but she did not lay charges.

(5) Incident Five

11

The respondent was imprisoned from 1992 until 1995 for sexual assaults on two other women (although the fact they were "other" women was withheld from the jury by agreement of counsel). In that period he placed a threatening phone call to his then wife, which precipitated their divorce. They resumed living together soon after he was released.

tenté de s'éloigner de lui. L'intimé lui a dit de se taire et a quand même eu des relations vaginales avec elle.

(3) Le troisième épisode

Un jour, en revenant à l'appartement, elle a trouvé l'intimé en train de faire la fête avec un certain nombre de personnes. En voyant l'intimé chatouiller deux femmes sur le sofa, elle s'est fâchée et a demandé à tout le monde de partir. Après le départ de la plupart des invités, elle s'est retirée dans la chambre à coucher. L'intimé l'a suivie. Il était contrarié parce qu'elle avait mis fin à la fête. Il a essayé d'avoir des relations sexuelles avec elle. Elle a essayé de s'échapper, mais il a bloqué la porte avec un chiffonnier. Elle a alors tenté de s'enfuir par la fenêtre de la chambre à coucher située au deuxième étage, mais il l'a ramenée à l'intérieur. Il l'a ensuite forcée à avoir des relations vaginales et est tombé endormi.

(4) Le quatrième épisode

Au début de 1992, l'intimé est arrivé ivre à la maison et a voulu avoir des relations anales. Elle a refusé en lui expliquant que cela lui avait fait mal auparavant. L'intimé a néanmoins amorcé ces relations. Elle n'a pas cessé de bouger et a tenté de s'enfuir. Il a finalement saisi une bouteille d'huile pour bébé en dessous du lit et en a appliqué sur son pénis et sur l'anus de son épouse. Il a amorcé des relations anales. Ils ont été interrompus par les pleurs d'un bébé; elle en a alors profité pour s'enfuir au sous-sol, mais l'intimé l'a suivie. Il lui a dit qu'il la ligoterait si elle n'arrêtait pas de courir. Elle est sortie dehors toute nue et s'est rendue chez le voisin. On a appelé la police, mais elle n'a porté aucune accusation.

(5) Le cinquième épisode

L'intimé a été incarcéré de 1992 à 1995 pour des agressions sexuelles commises contre deux autres femmes (cependant, avec le consentement des avocats, on a omis de révéler au jury qu'il s'agissait d'« autres » femmes). Pendant cette période, il a fait un appel à son épouse de l'époque, dans lequel il lui a proféré des menaces, ce qui a provoqué leur

Shortly thereafter, she became upset because the respondent had gone out with a woman he had once dated. The respondent became angry, grabbed her by the throat, threw her around, pinned her against the wall and broke their glass coffee table. He did not, however, sexually assault her on that occasion.

(6) Incident Six

One night during the summer of 1996, she and the respondent were returning home after dropping off their friends. The respondent told her that instead of going home, they were going to a gravel pit where she “was going to get it up the ass”. She testified that he had forced her to have sex with him at the gravel pit in the past. She told him that she was willing to do anything other than anal intercourse because it hurt too much. The respondent, however, insisted on anal intercourse. Once at the gravel pit he attempted anal intercourse, but was unsuccessful because there was insufficient room in the back seat of the car. The respondent took her out of his car and put her face down on the hood. He attempted anal intercourse again. He eventually turned her over onto her back and had vaginal intercourse.

(7) Incident Seven

In October 1996, her grandfather passed away. She and the respondent were alone in her mother’s home. She was crying and upset. She testified that her crying “turned [the respondent] on” and that he wanted to have sexual intercourse on her mother’s new couch. She told him that she did not want to. The respondent put her on the couch and commenced vaginal intercourse. She cried. While they were having intercourse, he punched her a number of times in the stomach to make her cry louder.

B. *The Respondent’s Testimony*

The respondent denied committing any of the alleged assaults on his ex-wife. With respect to the complainant’s allegations, he testified that he

divorce. Ils ont recommencé à cohabiter peu après sa libération. Peu de temps après, elle s’est fâchée parce que l’intimé était sorti avec une femme qu’il avait déjà fréquentée. L’intimé s’est mis en colère, l’a saisie à la gorge, l’a poussée, l’a clouée contre le mur et a fracassé leur table de salon en verre. Cependant, il ne l’a pas agressée sexuellement à cette occasion.

(6) Le sixième épisode

Au cours d’une soirée d’été de 1996, l’intimé et son épouse rentraient chez eux après avoir accompagné leurs amis. L’intimé l’a alors informée qu’au lieu de retourner à la maison ils se rendraient plutôt à une gravière où il [TRADUCTION] « [la] sodomiserait ». Elle a témoigné qu’il l’avait déjà forcée à avoir des relations sexuelles avec lui à la gravière. Elle lui a répondu qu’elle était prête à n’importe quoi, sauf avoir des relations anales parce que c’était trop douloureux. L’intimé a toutefois insisté pour avoir des relations anales. Une fois à la gravière, il a tenté d’avoir des relations anales, mais en vain parce qu’il n’y avait pas suffisamment de place sur le siège arrière de la voiture. L’intimé l’a sortie de l’automobile et l’a étendue à plat ventre sur le capot. Il a de nouveau tenté d’avoir des relations anales. Il l’a finalement retournée et a eu avec elle des relations vaginales.

(7) Le septième épisode

En octobre 1996, le grand-père de l’ex-épouse est décédé. Cette dernière était seule avec l’intimé dans la maison de sa mère. Elle pleurait et était bouleversée. Elle a témoigné que ses pleurs avaient [TRADUCTION] « excité [l’intimé] » et qu’il voulait avoir des relations sexuelles sur le nouveau sofa de sa mère. Elle a refusé. L’intimé l’a étendue sur le sofa et a commencé à avoir des relations vaginales avec elle. Elle pleurait. Pendant ces relations, il lui a donné plusieurs coups de poing à l’abdomen pour la faire pleurer plus fort.

B. *Le témoignage de l’intimé*

L’intimé a nié avoir commis les agressions reprochées sur la personne de son ex-épouse. En ce qui concerne les allégations de la plaignante,

12

13

14

met her at the bar, that they were both intoxicated and that they left the bar together. Eventually they went to a motel room. He testified that once inside the room, the complainant straddled him while he lay on his back and they engaged in approximately 15 to 20 minutes of vaginal intercourse. He denied that she had complained or told him to stop. He also denied hitting her and choking her. He testified that she drove him home at approximately 6:40 a.m. He did not see her again.

C. *The Evidence of Collusion*

15

The ex-wife testified that she had met the complainant a few months before the alleged sexual assault took place. She had told the complainant at that time about the respondent's criminal record and her allegations of his abuse of her during their marriage. The ex-wife told the complainant that she had received \$16,500 from the Criminal Injuries Compensation Board and agreed when it was put to her in cross-examination that "[a]ll you had to do [to get the money] was say that you were abused". The ex-wife's cross-examination was, in part, as follows:

- Q. You knew [the complainant]?
- A. Yes, I did.
- Q. You had met her in the summer of '96?
- A. That's correct.
- Q. She had come over and visited with you, right?
- A. That's correct.
- Q. At one point, she actually said to you that she thought that [the respondent] loved you very much?
- A. Yes, she did.
- Q. And you straightened her out?
- A. That's correct.
- Q. And you told her that he had been to jail?
- A. Yes, I did.

il a témoigné qu'il l'avait rencontrée dans un bar, qu'ils étaient tous deux en état d'ébriété et qu'ils avaient quitté le bar ensemble. Ils s'étaient finalement rendus dans une chambre de motel. Il a ajouté qu'une fois rendus dans la chambre la plaignante s'était mise à califourchon sur lui pendant qu'il était sur le dos et qu'ils avaient eu des relations vaginales pendant environ 15 à 20 minutes. Il a nié qu'elle s'était plainte ou qu'elle lui avait demandé d'arrêter. Il a également nié l'avoir frappée et étranglée. Il a témoigné qu'elle l'avait ramené chez lui vers 6 h 40. Il ne l'a pas revue par la suite.

C. *La preuve de collusion*

L'ex-épouse a témoigné qu'elle avait rencontré la plaignante quelques mois avant l'agression sexuelle reprochée. Elle lui avait alors révélé l'existence du casier judiciaire de l'intimé et l'avait informée des sévices dont elle aurait été victime de sa part pendant leur mariage. L'ex-épouse a raconté à la plaignante qu'elle avait reçu la somme de 16 500 \$ de la Commission d'indemnisation des victimes d'actes criminels, et lors de son contre-interrogatoire, elle a souscrit à l'affirmation suivante : [TRADUCTION] « [pour obtenir l'argent,] il vous [a] suffi de dire que vous aviez été maltraitée ». Voici une partie du contre-interrogatoire de l'ex-épouse :

[TRADUCTION]

- Q. Vous connaissiez [la plaignante]?
- A. Oui.
- Q. Vous l'aviez rencontrée pendant l'été 1996?
- A. C'est exact.
- Q. Elle était venue vous rendre visite, n'est-ce pas?
- A. C'est exact.
- Q. À un moment donné, ne vous a-t-elle pas dit qu'elle croyait que [l'intimé] vous aimait beaucoup?
- A. Oui.
- Q. Et vous lui avez donné l'heure juste?
- A. C'est exact.
- Q. Et vous lui avez dit qu'il avait fait un séjour en prison?
- A. Oui.

Q. You told her that he abused you?

A. Yes, I did.

Q. And you told her that you collected \$16,500 from the government. All you had to do was say that you were abused.

A. Yes.

Q. So she knew all of that before December of 1996?

A. Yes. [Emphasis added.]

Subsequently, on December 6, 1996, the complainant met up with the respondent at the bar and, after sharing some marijuana, agreed to accompany him to a motel for sex.

II. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* — Jennings J.

At the conclusion of the *voir dire*, the trial judge admitted the “similar fact” evidence on the basis that:

(i) the ex-wife’s proposed evidence might assist the jury in determining how he had acted with the complainant;

(ii) the evidence was discreditable to the respondent and could only be admitted if its probative value outweighed its prejudicial effect;

(iii) the issue for the jury was the credibility of the complainant’s allegation that sex continued in a violent manner in the face of attempts to refuse sex and not simply whether a withdrawal of consent had been communicated; and

(iv) the similar fact evidence, if believed, “establishe[d] a pattern of using an initially consensual situation to escalate into violent, painful sexual connection, with both vaginal and anal penetration”. It would show a pattern of behaviour and confirm the credibility of the complainant, both of which the trial judge described as legitimate purposes for the reception of the evidence. This showed more than a mere propensity

Q. Vous lui avez dit qu’il vous avait maltraitée?

A. Oui.

Q. Et vous lui avez dit que vous aviez reçu du gouvernement la somme de 16 500 \$, et qu’il vous avait suffi de dire que vous aviez été maltraitée.

A. Oui.

Q. Alors elle savait tout cela avant le mois de décembre 1996?

A. Oui. [Je souligne.]

Par la suite, le 6 décembre 1996, la plaignante a rencontré l’intimé dans un bar et, après avoir fumé de la marijuana, elle a accepté de l’accompagner à un motel pour y avoir des relations sexuelles.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l’Ontario (Division générale)* — le juge Jennings

À la suite du voir-dire, le juge du procès a admis la preuve de « faits similaires » pour les motifs suivants :

(i) le témoignage proposé de l’ex-épouse pourrait aider le jury à déterminer comment l’intimé a agi avec la plaignante;

(ii) la preuve déshonorait l’intimé et ne pouvait être admise que si sa valeur probante l’emportait sur son effet préjudiciable;

(iii) la question que le jury devait trancher était celle de la crédibilité de la plaignante lorsqu’elle alléguait que les relations sexuelles se poursuivaient d’une façon violente alors qu’elle tentait d’y mettre fin, et non pas simplement celle de savoir si elle avait retiré explicitement son consentement;

(iv) la preuve de faits similaires, si on y ajoute foi, [TRADUCTION] « établi[ssait] une tendance à faire dégénérer une situation consensuelle au départ en relations sexuelles violentes et douloureuses comportant des pénétrations vaginales et anales ». Cette preuve démontre l’existence d’un mode de comportement et confirme la crédibilité de la plaignante, ce que le juge du procès a qualifié de raisons légitimes de recevoir la preuve.

16

17

to commit the acts based upon bad character. The cogency was derived from

the overriding similarity of the conversion of an occasion when consensual sex may be anticipated, into one of continuing vaginal sex after complaint, pain and request to stop, accompanied by physical attack, and of initiating and continuing anal sex without consent, persuades me the proposed evidence has the substantial probative value required, and as was the case in *R. v. B. (L.)* [[1997] 35 O.R. (3d) 35] the proposed evidence is relevant to an important issue, the credibility of [the complainant].

18 The trial judge ruled that it was not for him to resolve the possibility of collusion between the former wife and the complainant.

There is no direct evidence of collusion between [the ex-wife and the complainant], although the former told the latter of the assaults upon her. Regardless, this is a decision for the trier of fact to make. [Emphasis added.]

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 48 O.R. (3d) 257

19 Charron J.A. for the court held that the trial judge had identified the correct test for admitting similar fact evidence but he had erred in its application. In her opinion, the evidence should not have been admitted at trial since the probative value of the evidence was outweighed by its potential prejudicial effect.

20 The strength of the evidence was weakened by the fact that the respondent had denied the incidents and that they formed the subject matter of other proceedings in which they were as yet unproven.

21 The alleged similar acts were quite disparate in nature and, despite sharing certain characteristics, it was difficult to fit them into any pattern specific enough to bolster the complainant's credibility. Charron J.A. further held that there were non-superficial dissimilarities. While the acts alleged

Elle démontre plus qu'une simple propension à accomplir les actes en cause en raison d'une mauvaise moralité. Voici comment le juge se prononce sur la force probante de cette preuve :

[TRADUCTION] . . . la similitude très grande entre le fait de transformer une occasion où on peut s'attendre à avoir des relations sexuelles consensuelles en une situation où on poursuit des relations sexuelles vaginales accompagnées d'agression physique, malgré les plaintes, les cris de douleur et la demande de la victime d'arrêter, et le fait d'amorcer et de poursuivre des relations anales non consensuelles, me convainc que la preuve proposée a la grande valeur probante requise, et, comme dans l'affaire *R. c. B. (L.)* [[1997] 35 O.R. (3d) 35], la preuve proposée est pertinente relativement à une importante question en litige, celle de la crédibilité de [la plaignante].

Le juge du procès a décidé qu'il ne lui appartenait pas de résoudre la question de la possibilité de collusion entre l'ex-épouse et la plaignante :

[TRADUCTION] Il n'existe aucune preuve directe de collusion entre [l'ex-épouse et la plaignante], bien que la première ait informé l'autre des agressions dont elle avait été victime. Quoi qu'il en soit, il appartient au juge des faits de statuer sur ce point. [Je souligne.]

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 48 O.R. (3d) 257

Madame le juge Charron a statué, au nom de la cour, que le juge du procès avait choisi le bon critère pour admettre une preuve de faits similaires, mais qu'il avait commis une erreur en l'appliquant. À son avis, la preuve n'aurait pas dû être admise au procès étant donné que l'effet préjudiciable qu'elle était susceptible d'avoir l'emportait sur sa valeur probante.

La preuve avait moins de force probante du fait que l'intimé avait nié l'existence des épisodes en cause, qui faisaient l'objet d'autres procédures dans le cadre desquelles leur existence n'avait pas encore été établie.

Les prétendus faits similaires étaient de nature assez disparate et, malgré l'existence de certaines caractéristiques communes, il était difficile d'en dégager une tendance suffisamment particulière pour renforcer la crédibilité de la plaignante. Le juge Charron a ensuite constaté l'existence de

by the ex-wife took place during a conjugal, long-term relationship, the acts alleged by the complainant took place during a short, casual affair that had begun with her consent.

Charron J.A. also held that there had been a potential for collusion that further weakened any probative value that could be derived from the former wife's testimony. She held that potential for collusion "is always a serious consideration in the assessment of the strength of this kind of evidence" (para. 41) since collusion between witnesses may deprive similar fact evidence of most of its probative value. The prospect of collusion is "not a matter that can simply be left for the jury to determine without giving it due consideration in the assessment of the probative value of the evidence" (para. 41).

The credibility of the ex-wife was problematic. She had considerably delayed reporting any of the incidents. The eventual timing of her complaints raised issues with respect to her motives. The complaint with respect to four incidents had first been made in support of an uncontested application for compensation before the Criminal Injuries Compensation Board when the respondent was in prison. The rest of the complaints had been made after her final separation from the respondent and shortly after she had learned of the charges laid in this case.

III. Analysis

The trial judge admitted the similar fact evidence in this case because he thought the way the respondent "acted on previous occasions with [his ex-wife], may very well assist the jury in determining how he acted with [the complainant]". The common thread, according to the Crown, is that the respondent derives pleasure from inflicting pain on a sexual partner and insists on sex "his way" irrespective of consent.

différences non négligeables. Alors que les actes allégués par l'ex-épouse avaient été accomplis dans le cadre d'une relation conjugale de longue durée, ceux allégués par la plaignante avaient été accomplis au cours d'une relation amoureuse passagère à laquelle elle avait consenti au départ.

Madame le juge Charron a aussi conclu qu'il y avait eu une possibilité de collusion qui réduisait davantage toute valeur probante que pouvait avoir le témoignage de l'ex-épouse. Selon elle, une possibilité de collusion [TRADUCTION] « constitue toujours un facteur important pour déterminer la force probante de ce type d'élément de preuve » (par. 41) étant donné que la collusion entre des témoins risque de dépouiller la preuve de faits similaires de presque toute sa valeur probante. La possibilité de collusion [TRADUCTION] « n'est pas une question qui peut être simplement laissée à l'appréciation du jury sans avoir été dûment prise en compte dans la détermination de la valeur probante de la preuve » (par. 41).

La crédibilité de l'ex-épouse était problématique. Celle-ci avait attendu très longtemps avant de signaler les faits en question. Le choix du moment où elle a finalement porté plainte soulevait des questions quant aux motifs qui l'avaient incitée à agir. La plainte relative à quatre épisodes avait d'abord été déposée à l'appui d'une demande non contestée d'indemnité auprès de la Commission d'indemnisation des victimes d'actes criminels, à l'époque où l'intimé était incarcéré. L'ex-épouse avait déposé les autres plaintes après sa séparation définitive d'avec l'intimé et peu après avoir été informée des accusations portées en l'espèce.

III. Analyse

Le juge du procès a admis la preuve de faits similaires en l'espèce parce qu'il croyait que la façon dont l'intimé avait [TRADUCTION] « agi antérieurement avec [son ex-épouse] pourra[it] fort bien aider le jury à déterminer comment il a agi avec [la plaignante] ». Selon le ministère public, le dénominateur commun est que l'intimé éprouve du plaisir à infliger de la douleur à ses partenaires sexuelles et insiste pour avoir des relations sexuelles « à sa façon », peu importe qu'il y ait ou non consentement.

22

23

24

25

From the respondent's point of view, introduction of the similar fact evidence radically changed the trial. He was on trial for one incident, to which he pleaded not guilty, but was instead confronted with eight different incidents, of which seven were not the subject matter of any charge. The jury might conclude that a man with a track record of discreditable treatment of his ex-wife in their sexual relations would be acting in character by forcing himself on the resisting complainant, but this he says was unfair because it bolstered the complainant's credibility by exogenous evidence that related neither to the complainant nor to the charge. At the least the jury might conclude that the respondent was a repugnant individual deserving of punishment and a conviction would, as a matter of rough equivalence, give him his just desserts.

A. *The Disputed Inferences*

26

The ex-wife's testimony relates to incidents removed in time, place and circumstances from the charge. It is thus only circumstantial evidence of the matters the jury was called on to decide and, as with any circumstantial evidence, its usefulness rests entirely on the validity of the inferences it is said to support with respect to the matters in issue. The argument for admitting this circumstantial evidence is that the jury may infer firstly that the respondent is an individual who derives pleasure from sex that is painful to his partner, and will not take no for an answer, and secondly, that his character or propensity thus established gives rise to the further inference that he proceeded wilfully in this case knowing the complainant did not consent. As stated by Wilson J. in *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, at p. 943:

In discussing the probative value we must consider the degree of relevance to the facts in issue and the strength of the inference that can be drawn.

See also *R. v. Watson* (1996), 50 C.R. (4th) 245 (Ont. C.A.), at p. 258, *per* Doherty J.A.; *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35 (C.A.), at p. 45, *per* Charron

Selon l'intimé, la présentation de la preuve de faits similaires a radicalement modifié l'allure du procès. Il subissait un procès relativement à un épisode pour lequel il avait plaidé non coupable, mais avait à répondre de huit épisodes différents dont sept ne faisaient pas l'objet d'une accusation. Le jury pourrait conclure qu'un homme qui, dans le passé, avait traité son ex-épouse de manière déshonorante dans ses relations sexuelles avec elle était le genre de personne à avoir pris de force la plaignante récalcitrante, ce qui, selon l'intimé, était injuste du fait qu'on étayait ainsi la crédibilité de la plaignante au moyen d'une preuve extrinsèque sans rapport avec la plaignante et l'accusation. Le jury pourrait à tout le moins conclure que l'intimé était un individu répugnant qui méritait d'être puni et que, grosso modo, il aurait ce qu'il mérite s'il était déclaré coupable.

A. *Les inférences contestées*

Le témoignage de l'ex-épouse concerne des faits qui, sur les plans du temps, du lieu et des circonstances, sont éloignés de l'accusation. Il ne constitue donc qu'une preuve circonstancielle des questions que le jury était appelé à trancher. À l'instar de toute preuve circonstancielle, son utilité dépend entièrement de la validité des inférences qu'il étaye, dit-on, relativement aux questions en litige. On justifie l'admission de cette preuve circonstancielle par le fait que le jury peut inférer, premièrement, que l'intimé est un individu qui éprouve du plaisir à infliger de la douleur à ses partenaires sexuelles et qui n'accepte pas de se faire dire non, et deuxièmement, que la moralité ou la propension de l'intimé ainsi établie permet de déduire qu'il a agi délibérément en l'espèce, tout en sachant que la plaignante n'était pas consentante. Comme l'a affirmé madame le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, p. 943 :

Dans l'analyse de la valeur probante, il faut tenir compte de la mesure dans laquelle les éléments de preuve en question se rapportent aux faits en litige et du poids de la déduction qu'on peut en tirer.

Voir également *R. c. Watson* (1996), 50 C.R. (4th) 245 (C.A. Ont.), p. 258, le juge Doherty; *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35 (C.A.), p. 45, le juge

J.A. See also: J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at § 11.113; D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (2nd ed. 1999), at pp. 39-41; *Cross and Tapper on Evidence* (9th ed. 1999), at pp. 350 *et seq.*; *Wigmore on Evidence*, vol. 1A (Tillers rev. 1983), at pp. 1152-53.

The contest over the admissibility of similar fact evidence is all about inferences, i.e., when do they arise? What are they intended to prove? By what process of reasoning do they prove it? How strong is the proof they provide? When are they so unfair as to be excluded on the grounds of judicial policy and the presumption of innocence? The answers to these questions have proven so controversial as to create what Lord Hailsham described as a “pitted battlefield”: *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), at p. 445.

There is more consensus on the nature of the problems than there is on the correctness of the solutions: compare the differing approaches in R. J. Delisle, “The Direct Approach to Similar Fact Evidence” (1996), 50 C.R. (4th) 286; A. E. Acorn, “Similar Fact Evidence and the Principle of Inductive Reasoning: Makin Sense” (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 63; P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 11-4; M. Rosenberg (now J.A.), “Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct”, in National Criminal Law Program, *Criminal Evidence* (1994), section 8.1, at p. 3; and L. Stuesser, “Similar Fact Evidence in Sexual Offence Cases” (1997), 39 *Crim. L.Q.* 160.

The immediate questions are whether the double inferences are properly raised on the facts of this case, and if so, whether they add such probative strength in the circumstances here that the ex-wife’s evidence ought to be admitted despite the potential prejudice. The respondent says that the so-called similar facts are insufficiently connected in time and circumstances to the offence charged, i.e., there is an

Charron. Voir aussi : J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), § 11.113; D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (2^e éd. 1999), p. 39-41; *Cross and Tapper on Evidence* (9^e éd. 1999), p. 350 et suiv.; *Wigmore on Evidence*, vol. 1A (Tillers rev. 1983), p. 1152-1153.

La contestation relative à l’admissibilité de la preuve de faits similaires porte entièrement sur la question des inférences. Dans quels cas peut-on faire de telles inférences? Que visent-elles à prouver? Par quel raisonnement permettent-elles de faire cette preuve? Quelle est la force probante de la preuve qu’elles fournissent? Dans quels cas sont-elles si inévitables qu’elles doivent être écartées pour des raisons de politique judiciaire et de présomption d’innocence? Les réponses à ces questions se sont révélées tellement controversées qu’elles créent ce que lord Hailsham a appelé [TRADUCTION] « un champ de mines » : *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), p. 445.

On s’entend davantage sur la nature des problèmes que sur la justesse des solutions : comparer les différentes approches adoptées dans R. J. Delisle, « The Direct Approach to Similar Fact Evidence » (1996), 50 C.R. (4th) 286; A. E. Acorn, « Similar Fact Evidence and the Principle of Inductive Reasoning : Makin Sense » (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 63; P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 11-4; M. Rosenberg (maintenant juge de cour d’appel), « Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct », dans Programme national de droit pénal, *Criminal Evidence* (1994), section 8.1, p. 3; L. Stuesser, « Similar Fact Evidence in Sexual Offence Cases » (1997), 39 *Crim. L.Q.* 160.

Les questions qui se posent d’entrée de jeu sont de savoir si les deux inférences sont faites à bon droit compte tenu des faits de la présente affaire et, dans l’affirmative, si elles confèrent une force probante telle que le témoignage de l’ex-épouse devrait être admis malgré le préjudice qu’il est susceptible de causer. L’intimé affirme que les prétendus actes similaires ne sont pas suffisamment liés, sur les

27

28

29

insufficient nexus to make the conduct with his ex-wife a reliable guide to his alleged conduct with the complainant. Moreover, even if they are, he says he should not as a matter of policy be put at risk of conviction by confusing the jury about what he allegedly did in other times and at other places.

30 I should note that the Crown did not attempt to call any expert evidence in relation to the validity of the inferences respecting the respondent's psychological make-up that it sought to have the jury draw from the ex-wife's evidence and their applicability to the facts in issue.

B. *The General Exclusionary Rule*

31 The respondent is clearly correct in saying that evidence of misconduct beyond what is alleged in the indictment which does no more than blacken his character is inadmissible. Nobody is charged with having a "general" disposition or propensity for theft or violence or whatever. The exclusion thus generally prohibits character evidence to be used as circumstantial proof of conduct, i.e., to allow an inference from the "similar facts" that the accused has the propensity or disposition to do the type of acts charged and is therefore guilty of the offence. The danger is that the jury might be confused by the multiplicity of incidents and put more weight than is logically justified on the ex-wife's testimony ("reasoning prejudice") or by convicting based on bad personhood ("moral prejudice"): Great Britain Law Commission, Consultation Paper No. 141, *Evidence in Criminal Proceedings: Previous Misconduct of a Defendant* (1996), at § 7.2.

32 This is a very old rule of the common law. Reference may be made to seventeenth-century trials in which the prosecution was scolded for raising prior felonious conduct, as for example to Lord

plans du temps et des circonstances, à l'infraction reprochée, c'est-à-dire que le lien est insuffisant pour que le comportement qu'il a adopté avec son ex-épouse puisse fournir des indices fiables quant au comportement qu'il aurait adopté avec la plaignante. De plus, l'intimé prétend que, même s'ils avaient un lien suffisant avec l'infraction en cause, on devrait s'abstenir, pour des raisons de politique générale, de l'exposer au risque d'être déclaré coupable en semant la confusion dans l'esprit des jurés au sujet de ce qu'il aurait déjà fait ailleurs.

Je tiens à préciser que le ministère public n'a pas tenté de produire une preuve d'expert concernant, d'une part, la validité des inférences relatives à la constitution psychologique de l'intimé qu'il demandait au jury de faire à partir du témoignage de l'ex-épouse, et, d'autre part, l'applicabilité de ces inférences aux faits en cause.

B. *La règle générale d'exclusion*

Il est évident que l'intimé a raison de plaider l'inadmissibilité de la preuve d'inconduite qui va au-delà de ce qui est allégué dans l'acte d'accusation et qui ne fait que ternir sa réputation. Personne n'est accusé d'avoir une prédisposition ou propension « générale » au vol, à la violence ou à quoi que ce soit d'autre. En général, l'exclusion vise à interdire l'utilisation de la preuve de moralité en tant que preuve circonstancielle d'une conduite, c'est-à-dire pour inférer des « faits similaires » que l'accusé avait une propension ou une prédisposition à accomplir le type d'actes reprochés et qu'il est donc coupable de l'infraction. Le jury risque d'être embrouillé par la multiplicité des faits et d'accorder plus de poids qu'il est logiquement justifié de le faire au témoignage de l'ex-épouse (« préjudice par raisonnement ») ou de déclarer l'accusé coupable en raison de sa mauvaise personnalité (« préjudice moral ») : Great Britain Law Commission, Consultation Paper No. 141, *Evidence in Criminal Proceedings : Previous Misconduct of a Defendant* (1996), § 7.2.

Il s'agit là d'une très ancienne règle de common law. On peut mentionner des procès tenus au XVII^e siècle, dans lesquels on a reproché au ministère public d'avoir invoqué la conduite criminelle

Holt C.J. in *Harrison's Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 833 (Old Bailey (London)), at p. 864: "Are you going to arraign his whole life? Away, Away, that ought not to be; that is nothing to the matter."

Subsequently, and most famously, the general exclusionary rule was laid down by Lord Herschell L.C. *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (P.C.), in these terms, at p. 65:

It is undoubtedly not competent for the prosecution to adduce evidence tending to shew that the accused has been guilty of criminal acts other than those covered by the indictment, for the purpose of leading to the conclusion that the accused is a person likely from his criminal conduct or character to have committed the offence for which he is being tried.

The court spoke there of "criminal acts", but this has been broadened to include any proffered "similar facts" of a discreditable nature (*Robertson, supra*, at p. 941; *B. (L.)*, *supra*, at pp. 45-46), a category which includes the conduct alleged by the ex-wife in this case.

The dangers of propensity reasoning are well recognized. Not only can people change their ways but they are not robotic. While juries in fourteenth-century England were expected to determine facts based on their personal knowledge of the character of the participants, it is now said that to infer guilt from a knowledge of the mere character of the accused is a "forbidden type of reasoning": *Boardman, supra*, at p. 453, *per* Lord Hailsham.

The exclusion of evidence of general propensity or disposition has been repeatedly affirmed in this Court and is not controversial. See *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339.

antérieure d'une personne. Voici, par exemple, ce qu'a dit le lord juge en chef Holt dans *Harrison's Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 833 (Old Bailey (London)), p. 864 : [TRADUCTION] « Allez-vous lui reprocher toute sa vie? Oubliez ça, oubliez ça! Ça ne devrait pas être possible; c'est sans intérêt pour la question. »

Par la suite et de façon très remarquée, le lord chancelier Herschell a formulé la règle générale d'exclusion en ces termes dans l'arrêt *Makin c. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (C.P.), p. 65 :

[TRADUCTION] Il ne fait pas de doute que, dans le but d'obtenir la conclusion que l'accusé est, compte tenu de sa conduite ou de sa moralité, le genre de personne susceptible d'avoir commis le crime dont il est inculpé, la poursuite ne peut pas apporter des preuves qui tendent à démontrer qu'il a déjà été reconnu coupable de crimes autres que ceux visés par l'acte d'accusation.

Dans cette affaire, la cour a parlé de [TRADUCTION] « crimes », mais le sens de ce terme a été élargi de manière à inclure tous « faits similaires » de caractère déshonorant qui sont soumis en preuve (*Robertson*, précité, p. 941; *B. (L.)*, précité, p. 45-46), ce qui comprend la conduite alléguée en l'espèce par l'ex-épouse.

Les dangers du raisonnement fondé sur la propension sont bien reconnus. Non seulement les gens peuvent-ils changer leurs habitudes, mais encore ils ne sont pas des robots. Même si, au XIV^e siècle en Angleterre, les jurés étaient censés déterminer les faits en fonction de leur propre connaissance de la moralité des parties, on affirme désormais qu'une inférence de culpabilité fondée sur la seule connaissance de la moralité de l'accusé est un [TRADUCTION] « raisonnement interdit » : *Boardman*, précité, p. 453, lord Hailsham.

Notre Cour a, à maintes reprises, confirmé l'exclusion de la preuve de propension ou de prédisposition générale; cette exclusion n'est pas controversée. Voir *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339.

33

34

35

36

Policy Basis for the Exclusion

La raison de politique générale justifiant l'exclusion

37 The policy basis for the exclusion is that while in some cases propensity inferred from similar facts may be relevant, it may also capture the attention of the trier of fact to an unwarranted degree. Its potential for prejudice, distraction and time consumption is very great and these disadvantages will almost always outweigh its probative value. It ought, in general, to form no part of the case which the accused is called on to answer. It is excluded notwithstanding the general rule that all relevant evidence is admissible: *Arp, supra*, at para. 38; *Robertson, supra*, at p. 941; *Morris, supra*, at pp. 201-2; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 613.

La raison de politique générale justifiant l'exclusion de la preuve de propension ou de prédisposition est la suivante : bien que, dans certains cas, elle puisse être pertinente, la propension inférée de faits similaires peut aussi retenir indûment l'attention du juge des faits. Elle risque sérieusement de causer un préjudice, de détourner l'attention du jury et d'entraîner un délai excessif, et ces inconvénients l'emportent presque toujours sur sa valeur probante. En général, la propension de l'accusé ne devrait pas faire partie de la preuve qui pèse contre lui. Elle est exclue nonobstant la règle générale voulant que tout élément de preuve pertinent soit admissible : *Arp*, précité, par. 38; *Robertson*, précité, p. 941; *Morris*, précité, p. 201-202; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 613.

38 If propensity evidence were routinely admitted, it might encourage the police simply to "round up the usual suspects" instead of making a proper unblinkered investigation of each particular case. One of the objectives of the criminal justice system is the rehabilitation of offenders. Achievement of this objective is undermined to the extent the law doubts the "usual suspects" are capable of turning the page and starting a new life.

Si la preuve de propension était admise systématiquement, cela pourrait inciter la police à simplement « arrêter les suspects habituels » au lieu d'effectuer, comme il se doit, une enquête rigoureuse dans chaque cas. L'un des objectifs du système de justice criminelle est la réinsertion sociale des délinquants. La réalisation de cet objectif est compromise dans la mesure où le droit met en doute la capacité des « suspects habituels » de tourner la page et de commencer une nouvelle vie.

39 It is, of course, common human experience that people generally act consistently with their known character. We make everyday judgments about the reliability or honesty of particular individuals based on what we know of their track record. If the jurors in this case had been the respondent's inquisitive neighbours, instead of sitting in judgment in a court of law, they would undoubtedly have wanted to know everything about his character and related activities. His ex-wife's anecdotal evidence would have been of great interest. Perhaps too great, as pointed out by Sopinka J. in *B. (C.R.)*, *supra*, at p. 744:

Il va sans dire que l'expérience nous enseigne que les gens agissent généralement selon leur propre moralité. Chaque jour, nous portons des jugements sur la fiabilité ou l'honnêteté de personnes à partir de notre connaissance de leurs antécédents. Si les jurés en l'espèce avaient été les voisins indiscrets de l'intimé au lieu de porter jugement dans une cour de justice, ils auraient sûrement voulu tout savoir au sujet de sa moralité et des activités s'y rapportant. Le témoignage anecdotique de son ex-épouse aurait été d'un grand intérêt. D'un intérêt peut-être trop grand, comme l'a affirmé le juge Sopinka dans l'arrêt *B. (C.R.)*, précité, p. 744 :

The principal reason for the exclusionary rule relating to propensity is that there is a natural human tendency to judge a person's action on the basis of character. Particularly with juries there would be a strong

La principale raison de la règle d'exclusion relative à la propension est qu'il existe une tendance tout à fait humaine à juger les actes d'une personne en fonction de son caractère. Surtout avec des jurys, la tentation serait

inclination to conclude that a thief has stolen, a violent man has assaulted and a pedophile has engaged in pedophilic acts. Yet the policy of the law is wholly against this process of reasoning.

The policy of the law recognizes the difficulty of containing the effects of such information which, once dropped like poison in the juror's ear, "swift as quicksilver it courses through the natural gates and alleys of the body": *Hamlet*, Act I, Scene v, ll. 66-67.

C. *The Narrow Exception of Admissibility*

While emphasizing the general rule of exclusion, courts have recognized that an issue may arise in the trial of the offence charged to which evidence of previous misconduct may be so highly relevant and cogent that its probative value in the search for truth outweighs any potential for misuse, *per* Sopinka J., dissenting, in *B. (C.R.)*, *supra*, at p. 751:

The fact that the alleged similar facts had common characteristics with the acts charged, could render them admissible, and, therefore, supportive of the evidence of the complainant. In order to be admissible, however, it would be necessary to conclude that the similarities were such that absent collaboration, it would be an affront to common sense to suggest that the similarities were due to coincidence [Emphasis added.]

The "common sense" condemnation of exclusion of what may be seen as highly relevant evidence has prompted much judicial agonizing, particularly in cases of alleged sexual abuse of children and adolescents, whose word was sometimes unfairly discounted when opposed to that of ostensibly upstanding adults. The denial of the adult, misleadingly persuasive on first impression, would melt under the history of so many prior incidents as to defy innocent explanation. That said, there is no special rule for sexual abuse cases. In *any* case, the strength of the similar fact evidence must be such as to outweigh "reasoning prejudice" and "moral prejudice". The inferences sought to be drawn must accord with common sense, intuitive notions of probability and

forte de conclure qu'un voleur a volé, qu'un homme violent a commis des voies de fait et qu'un pédophile s'est livré à des actes de pédophilie. Cependant, les principes du droit vont tout à fait à l'encontre de ce mode de raisonnement.

Le droit reconnaît généralement la difficulté de restreindre les effets de tels renseignements qui, une fois tombés comme un poison dans l'oreille du juré, « aussi prompt[s] que vif-argent [. . .] cour[ent] le long des portes et des voies naturelles de tout le corps » : *Hamlet*, acte I, scène v, lignes 66-67.

C. *L'exception stricte de l'admissibilité*

Tout en mettant l'accent sur la règle générale d'exclusion, les tribunaux ont reconnu que, dans le cadre du procès relatif à l'infraction reprochée, il peut se poser une question à l'égard de laquelle une preuve d'inconduite antérieure peut être si pertinente et convaincante que sa valeur probante dans la recherche de la vérité l'emporte sur toute possibilité qu'elle soit mal utilisée. Dans l'arrêt *B. (C.R.)*, précité, p. 751, le juge Sopinka, dissident, affirme ceci :

Étant donné que les faits similaires allégués avaient des caractéristiques communes avec les actes reprochés, ils pouvaient être recevables et, par conséquent, confirmer le témoignage de la plaignante. Cependant, pour qu'ils soient recevables, il faudrait conclure que les similitudes étaient telles qu'en l'absence de collaboration, il serait contraire au sens commun de laisser entendre que les similitudes relevaient de la coïncidence [Je souligne.]

Le fait qu'il serait contraire au « sens commun » d'exclure ce qui peut être considéré comme une preuve très pertinente a donné lieu à de nombreux déchirements chez les juges, en particulier dans le cas d'allégations d'agression sexuelle contre des enfants et des adolescents dont la parole se voyait parfois injustement accorder moins de valeur que celle d'adultes apparemment intègres. Le démenti de l'adulte, erronément convaincant à prime abord, s'estomperait devant des épisodes antérieurs si nombreux qu'ils ne se prêteraient à aucune explication tendant à innocenter. Cela dit, il n'existe aucune règle particulière en matière d'agression sexuelle. En *tout* état de cause, la force de la preuve de faits similaires doit être de nature à l'emporter

40

41

42

the unlikelihood of coincidence. Although an element of “moral prejudice” may be introduced, it must be concluded by the trial judge on a balance of probabilities that the probative value of the sound inferences exceeds any prejudice likely to be created.

43 As set out in the dissenting reasons of Dickson J., concurred in by Laskin C.J., in *Leblanc v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 339, at p. 345: “There is, however, a limited but legitimate area of exception to the general exclusionary rule that the accused has only to answer the specific charge contained in the indictment.”

44 The criminal trial is, after all, about the search for truth as well as fairness to an accused. Thus Lord Herschell L.C., in what is called the second “branch” of *Makin*, *supra*, said at p. 65:

On the other hand, the mere fact that the evidence adduced tends to shew the commission of other crimes does not render it inadmissible if it be relevant to an issue before the jury, and it may be so relevant if it bears upon the question whether the acts alleged to constitute the crime charged in the indictment were designed or accidental, or to rebut a defence which would otherwise be open to the accused.

45 In *Makin* itself, the death of one small child found buried in the back garden of the accused could conceivably be thought to be from natural or perhaps accidental causes, but when numerous other bodies were later dug up in the same backyard and at previous residences of the accused, the coincidence of so many premature deaths by innocent causes of babies of recent good health defied belief. Coincidence, as an explanation, has its limitations. As it was put in one American case: “The man who wins the lottery once is envied; the one who wins it twice is investigated” (*United*

sur le « préjudice par raisonnement » et le « préjudice moral ». Les inférences que l’on cherche à faire doivent être conformes au bon sens, aux notions intuitives de probabilité et à l’improbabilité d’une coïncidence. Bien qu’un élément de « préjudice moral » puisse être introduit, le juge du procès doit conclure, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante des inférences raisonnables l’emporte sur tout préjudice susceptible d’être causé.

Comme on peut le lire dans les motifs dissidents rédigés par le juge Dickson, avec l’appui du juge en chef Laskin, dans l’arrêt *Leblanc c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 339, p. 345 : « Cependant, il existe une exception légitime mais de portée relativement restreinte à la règle générale d’exclusion suivant laquelle l’accusé n’est tenu de répondre qu’à l’accusation précise dont fait état l’acte d’accusation. »

Après tout, le procès criminel vise la recherche de la vérité ainsi que de l’équité envers un accusé. Dans l’arrêt *Makin*, précité, p. 65, le lord chancelier Herschell affirme, au sujet de ce qu’on appelle le deuxième « volet » de cet arrêt :

[TRADUCTION] D’autre part, le simple fait que la preuve apportée tend à démontrer la perpétration d’autres crimes n’entraîne pas pour autant son irrecevabilité si elle porte sur une question dont le jury est saisi, ce qui peut être le cas si elle se rapporte à la question de savoir si les actes qui, à ce qu’on prétend, constituent le crime reproché dans l’acte d’accusation étaient intentionnels ou accidentels; ce peut également être le cas si cette preuve est présentée pour repousser un moyen de défense que l’accusé pourrait autrement invoquer.

Dans l’affaire *Makin* elle-même, on pouvait théoriquement considérer que le décès d’un petit enfant dont le corps avait été découvert enterré dans le jardin de l’accusé résultait d’une cause naturelle ou peut-être accidentelle. Toutefois, à la suite de la découverte de nombreuses autres dépouilles dans le même jardin et à d’autres endroits où avait résidé l’accusé, on ne pouvait plus croire que c’était par pure coïncidence qu’étaient survenus autant de décès prématurés, résultant de causes non blâmables, de bébés jusque-là en bonne santé. En tant qu’explication, la coïncidence a ses limites.

States v. York, 933 F.2d 1343 (7th Cir. 1991), at p. 1350).

It was thus held in *Makin* that the accumulation of babies found dead in similar circumstances permitted, in relation to the accused, the double inferences of propensity mentioned above. The improbability of an innocent explanation was manifest.

Policy Basis for the Exception

The policy basis for the exception is that the deficit of probative value weighed against prejudice on which the original exclusionary rule is predicated is reversed. Probative value exceeds prejudice, because the force of similar circumstances defies coincidence or other innocent explanation.

Canadian case law recognizes that as the “similar facts” become more focussed and specific to circumstances similar to the charge (i.e., more situation specific), the probative value of propensity, thus circumscribed, becomes more cogent. As the differences and variables that distinguish the earlier “similar facts” from the subject matter of the charge in this type of case are reduced, the cogency of the desired inferences is thought to increase. Ultimately the policy premise of the general exclusionary rule (prejudice exceeds probative value) ceases to be true.

D. *The Test of Admissibility*

The present rule was succinctly formulated by McIntyre J. in *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, at p. 953:

The general principle described by Lord Herschell may and should be applied in all cases where similar fact evidence is tendered and its admissibility will depend upon the probative effect of the evidence balanced against the

Comme on l’a affirmé dans un arrêt américain : [TRADUCTION] « On envie la personne qui gagne la loterie une fois; on fait une enquête sur celle qui la gagne deux fois » (*United States c. York*, 933 F.2d 1343 (7th Cir. 1991), p. 1350).

Dans l’arrêt *Makin*, on a donc statué que la série de bébés découverts sans vie dans des circonstances similaires permettait de faire, au sujet de l’accusé, les deux inférences de propension susmentionnées. Il était évident qu’une explication tendant à innocenter l’accusé était improbable.

La raison de politique générale justifiant l’exception

La raison de politique générale justifiant l’exception est que la valeur probante l’emporte sur le préjudice, alors que l’application de la règle initiale d’exclusion repose sur le fait que le préjudice l’emporte sur la valeur probante. La valeur probante l’emporte sur le préjudice du fait que la force des circonstances similaires écarte toute coïncidence ou autre explication tendant à innocenter l’accusé.

La jurisprudence canadienne reconnaît que plus les « faits similaires » se rapprochent spécifiquement des circonstances de l’accusation (c’est-à-dire lorsqu’ils se rapportent davantage à la situation), plus la valeur probante de la propension, ainsi circonscrite, augmente. On considère que plus s’estompent les différences et les variables qui distinguent les « faits similaires » antérieurs de l’objet de l’accusation dans ce type de dossier, plus s’intensifie la force probante des inférences souhaitées. En fin de compte, la prémisse qui sous-tend la règle générale d’exclusion (le préjudice l’emporte sur la valeur probante) ne s’applique plus.

D. *Le critère d’admissibilité*

Le juge McIntyre a formulé succinctement la règle actuellement applicable dans l’arrêt *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, p. 953 :

Le principe général énoncé par lord Herschell peut et doit être appliqué chaque fois qu’on présente une preuve d’actes similaires et la recevabilité de cette preuve sera fonction de sa valeur probante par rapport au préjudice

46

47

48

49

prejudice caused to the accused by its admission whatever the purpose of its admission.

50

The rule received more extended and comprehensive treatment by McLachlin J. in *B. (C.R.)*, *supra*, itself. The accused was charged with sexual offences against his daughter. The daughter testified that the alleged acts began when she was 11 years old and continued for two years. The accused denied the allegations. In support of the child's testimony, the Crown sought to adduce evidence showing that 10 years earlier, the accused had had sexual relations with his common-law wife's 15-year-old daughter, with whom he had enjoyed a father-daughter relationship. Writing for a five-judge majority, McLachlin J. held that the evidence, though "borderline", was admissible. Although evidence relating solely to the accused's disposition will generally be excluded, exceptions to this rule will arise when the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect (at pp. 734-35):

This review of the jurisprudence leads me to the following conclusions as to the law of similar fact evidence as it now stands in Canada. The analysis of whether the evidence in question is admissible must begin with the recognition of the general exclusionary rule against evidence going merely to disposition. . . . [E]vidence which is adduced solely to show that the accused is the sort of person likely to have committed an offence is, as a rule, inadmissible. Whether the evidence in question constitutes an exception to this general rule depends on whether the probative value of the proposed evidence outweighs its prejudicial effect.

51

The Court thus affirmed that evidence classified as "disposition" or "propensity" evidence is, exceptionally, admissible. McLachlin J. continued at p. 735:

In a case such as the present, where the similar fact evidence sought to be adduced is prosecution evidence of a morally repugnant act committed by the accused, the potential prejudice is great and the probative value of the evidence must be high indeed to permit its reception. The judge must consider such factors as the degree of distinctiveness or uniqueness between the similar fact evidence

causé à l'accusé par suite de son acceptation à quelque fin que ce soit.

Dans l'arrêt *B. (C.R.)*, précité, madame le juge McLachlin a fait un examen plus approfondi et complet de cette règle. L'accusé avait été inculpé d'infractions d'ordre sexuel contre sa fille. Celle-ci avait témoigné que les actes reprochés avaient commencé lorsqu'elle était âgée de 11 ans et s'étaient poursuivis pendant deux ans. L'accusé a nié ces allégations. Afin d'étayer le témoignage de l'enfant, le ministère public a cherché à présenter une preuve établissant que, 10 ans auparavant, l'accusé avait eu des relations sexuelles avec la fille de 15 ans de sa conjointe de fait, avec laquelle il avait une relation père-fille. S'exprimant au nom d'une majorité composée de cinq juges, le juge McLachlin a conclu que la preuve, même si elle constituait un « cas limite », était admissible. Même si l'on exclut généralement la preuve se rapportant uniquement à la prédisposition de l'accusé, cette règle admet des exceptions lorsque la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable (aux p. 734-735) :

Cet examen de la jurisprudence m'amène à tirer les conclusions suivantes quant à l'état actuel du droit en matière de preuve de faits similaires au Canada. Pour déterminer si la preuve en question est admissible, il faut d'abord reconnaître la règle générale d'exclusion de la preuve qui ne tend qu'à établir la propension. [. . .] [L]a preuve présentée dans le seul but d'établir que l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis une infraction, est en principe inadmissible. La question de savoir si la preuve en question constitue une exception à cette règle générale dépend de savoir si la valeur probante de la preuve présentée l'emporte sur son effet préjudiciable.

Notre Cour a ainsi confirmé que la preuve qualifiée de preuve de « prédisposition » ou de « propension » est exceptionnellement admissible. Le juge McLachlin poursuit en ces termes, à la p. 735 :

Dans un cas comme celui-ci, où la preuve de faits similaires que l'on veut présenter est une preuve à charge d'un acte moralement répugnant commis par l'accusé, le préjudice qui peut en résulter est grave et la valeur probante de la preuve doit vraiment être grande pour permettre sa réception. Le juge doit considérer des facteurs comme le degré de particularisme marquant à la fois les faits

and the offences alleged against the accused, as well as the connection, if any, of the evidence to issues other than propensity, to the end of determining whether, in the context of the case before him, the probative value of the evidence outweighs its potential prejudice and justifies its reception.

McLachlin J. formulated the test for admissibility of disposition or propensity evidence, at p. 732:

... evidence of propensity, while generally inadmissible, may exceptionally be admitted where the probative value of the evidence in relation to an issue in question is so high that it displaces the heavy prejudice which will inevitably inure to the accused where evidence of prior immoral or illegal acts is presented to the jury.

Subsequently, in *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763, McLachlin J. referred to *B. (C.R.)* as the governing authority (at pp. 771-72), as did a unanimous Court almost a decade later in its most recent pronouncement on the topic, in *Arp, supra, per Cory J.*, at para. 41:

... evidence which is adduced solely to show that the accused is the sort of person likely to have committed an offence is, as a rule, inadmissible. Whether the evidence in question constitutes an exception to this general rule depends on whether the probative value of the proposed evidence outweighs its prejudicial effect. [Emphasis added.]

Cory J. added some observations in *Arp* at para. 80 about the trial judge's instructions to the jury about the use to be made of propensity evidence. These observations should not be taken out of context. Contrary to some commentary, *Arp* did not qualify the Court's endorsement of the general test set out in *B. (C.R.)* as is evident from Cory J.'s repeated references thereto (at paras. 42, 50 and 65):

It can be seen that in considering whether similar fact evidence should be admitted the basic and fundamental question that must be determined is whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect.

similaires et les infractions reprochées à l'accusé ainsi que le rapport, s'il en est, entre la preuve et les questions autres que la propension, afin de déterminer si, compte tenu des circonstances de l'espèce, la valeur probante de la preuve l'emporte sur le préjudice potentiel et justifie sa réception.

Le juge McLachlin formule, à la p. 732, le critère d'admissibilité de la preuve de prédisposition ou de propension :

... la preuve de la propension, bien que généralement irrecevable, peut exceptionnellement être admise lorsque la valeur probante de la preuve relative à une question soulevée est tellement grande qu'elle l'emporte sur le préjudice grave que subira inévitablement l'accusé si la preuve d'actes immoraux ou illégaux antérieurs est présentée au jury.

Par la suite, dans l'arrêt *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763, le juge McLachlin affirme que l'arrêt *B. (C.R.)* fait autorité (p. 771-772), comme l'a fait notre Cour, à l'unanimité, presque 10 ans plus tard dans son jugement le plus récent en la matière, l'arrêt *Arp*, précité, par. 41, le juge Cory :

... la preuve présentée dans le seul but d'établir que l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis une infraction, est en principe inadmissible. La question de savoir si la preuve en question constitue une exception à cette règle générale dépend de savoir si la valeur probante de la preuve présentée l'emporte sur son effet préjudiciable. [Je souligne.]

Au paragraphe 80 de l'arrêt *Arp*, le juge Cory ajoute quelques observations quant aux directives que le juge du procès doit donner au jury relativement à l'utilisation qui doit être faite d'une preuve de propension. Ces observations ne doivent pas être interprétées hors contexte. Contrairement à ce que soutiennent certains commentateurs, l'arrêt *Arp* n'a pas nuancé l'approbation du critère général énoncé dans l'arrêt *B. (C.R.)* comme le font ressortir les nombreux renvois à cet arrêt que fait le juge Cory (aux par. 42, 50 et 65) :

On constate que, pour décider si une preuve de faits similaires doit être déclarée admissible, la question fondamentale qui doit être tranchée est de savoir si la valeur probante de cette preuve l'emporte sur son effet préjudiciable.

52

53

54

In summary, in considering the admissibility of similar fact evidence, the basic rule is that the trial judge must first determine whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect.

The issue in every case is whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect. [Emphasis added.]

The *B. (C.R.)* test can thus be taken as stating the law in Canada.

55 Similar fact evidence is thus presumptively inadmissible. The onus is on the prosecution to satisfy the trial judge on a balance of probabilities that in the context of the particular case the probative value of the evidence in relation to a particular issue outweighs its potential prejudice and thereby justifies its reception.

E. *Difficulties in the Application of the Test*

56 It has been recognized since Lord Herschell L.C.'s time that it is one thing to talk about so general a test as balancing probative value against prejudice, and a different and much more difficult thing to apply the test in a practical way (*Makin, supra*, at p. 65). What are the manageable criteria? How "probative" must the evidence be to get over the admissibility hurdle? How much prejudice is too much? How do we calibrate the scales that balance probative value against prejudice?

57 In an attempt to provide more precise guidance, Canadian appellate courts have from time to time advocated, amongst others, a "categories" approach, a multi-step "purpose" approach and a "conclusiveness" approach. Each of these attempts, helpful as they were in practice, were ultimately thought to obfuscate and detract from the principled approach eventually adopted in *Sweitzer, B. (C.R.)* and *Arp*. It was found for example that squeezing propensity evidence into a pre-authorized pigeon hole or recognized "category" sometimes unfairly gained its admission even though, in context, the prejudice

En résumé, dans l'examen de la question de l'admissibilité d'une preuve de faits similaires, la règle fondamentale est que le juge du procès doit d'abord décider si la valeur probante de cette preuve l'emporte sur son effet préjudiciable.

Dans chaque cas, la question consiste à déterminer si la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable. [Je souligne.]

On peut donc considérer que le critère formulé dans l'arrêt *B. (C.R.)* énonce l'état du droit au Canada.

La preuve de faits similaires est donc présumée inadmissible. Il incombe à la poursuite de convaincre le juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que, dans le contexte de l'affaire en cause, la valeur probante de la preuve relative à une question donnée l'emporte sur le préjudice qu'elle peut causer et justifie ainsi sa réception.

E. *Difficultés d'appliquer le critère*

On reconnaît depuis l'époque du lord chancelier Herschell qu'appliquer concrètement un critère aussi général que celui de la détermination de la valeur probante en fonction du préjudice est quelque chose de différent et de beaucoup plus difficile qu'en parler (*Makin, précité*, p. 65). Quels critères peuvent être appliqués sans trop de difficultés? Quelle doit être la force « probante » de la preuve pour que l'obstacle de l'admissibilité puisse être surmonté? Quand le préjudice devient-il trop grave? Comment calibre-t-on la balance qui sert à soupeser la valeur probante en fonction du préjudice?

Afin de donner des directives plus précises, les tribunaux d'appel canadiens ont parfois préconisé notamment une approche fondée sur des « catégories », une approche à plusieurs étapes fondée sur « l'objet » et une approche fondée sur le « caractère concluant ». On a jugé, en fin de compte, que chacune de ces tentatives, quelle qu'en soit l'utilité concrète, obscurcissait et affaiblissait la méthode fondée sur des principes adoptée, par la suite, dans les arrêts *Sweitzer, B. (C.R.)* et *Arp*. Par exemple, on a constaté que classer une preuve de propension dans une « catégorie » préalablement autorisée ou

was overwhelming: Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 11.30.

Nevertheless, *Sweitzer, B. (C.R.)* and *Arp* did not advocate a free-wheeling approach. They fully recognized the potentially poisonous nature of propensity evidence, and sharply circumscribed the circumstances in which it can be introduced.

(1) Propensity Evidence by Any Other Name Is Still Propensity Evidence

It is occasionally suggested that once the similar fact evidence is related to an issue other than “mere” propensity or “general” disposition, it somehow ceases to be propensity evidence. I do not think this is true.

One of the virtues of *B. (C.R.)* is its candid acknowledgment that “evidence of propensity, while generally inadmissible, may exceptionally be admitted” (p. 732) to help establish that the accused did or did not do the act in question (at pp. 731-32):

While the language of some of the assertions of the exclusionary rule admittedly might be taken to suggest that mere disposition evidence can never be admissible, the preponderant view prevailing in Canada is the view taken by the majority in *Boardman* — evidence of propensity, while generally inadmissible, may exceptionally be admitted where the probative value of the evidence in relation to an issue in question is so high that it displaces the heavy prejudice which will inevitably inure to the accused where evidence of prior immoral or illegal acts is presented to the jury. [Emphasis in original.]

In other words, while identification of the issue defines the precise purpose for which the evidence is proffered, it does not (and cannot) change the inherent nature of the propensity evidence, which must be recognized for what it is. By affirming its true character, in my view, the Court keeps front and centre its dangerous potential.

reconnue en permettait parfois injustement l’admission même si, dans le contexte, il en résultait un immense préjudice : Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, § 11.30.

Néanmoins, les arrêts *Sweitzer, B. (C.R.)* et *Arp* ne préconisaient pas une approche libre de toute contrainte. Ils reconnaissaient pleinement le caractère potentiellement pernicieux de la preuve de propension et limitaient clairement les circonstances dans lesquelles une telle preuve peut être présentée.

(1) Quel que soit le nom qu’on lui donne, la preuve de propension reste une preuve de propension

Il arrive qu’on laisse entendre que, lorsque la preuve de faits similaires se rapporte à une question autre que la « simple » propension ou prédisposition « générale », elle cesse en quelque sorte de constituer une preuve de propension. Je ne crois pas que ce soit le cas.

L’un des avantages de l’arrêt *B. (C.R.)* est qu’il reconnaît franchement que « la preuve de la propension, bien que généralement irrecevable, peut exceptionnellement être admise » (p. 732) pour aider à déterminer si l’accusé a accompli ou non l’acte en question (aux p. 731-732) :

Bien que tous conviennent que la formulation de certains énoncés de la règle d’exclusion pourrait laisser entendre que la preuve de la simple propension ne peut jamais être admissible, l’opinion prépondérante au Canada est celle adoptée par la majorité dans l’arrêt *Boardman* — la preuve de la propension, bien que généralement irrecevable, peut exceptionnellement être admise lorsque la valeur probante de la preuve relative à une question soulevée est tellement grande qu’elle l’emporte sur le préjudice grave que subira inévitablement l’accusé si la preuve d’actes immoraux ou illégaux antérieurs est présentée au jury. [Souligné dans l’original.]

En d’autres termes, bien que la détermination de la question en litige définisse la fin à laquelle la preuve est produite, elle ne modifie pas (et ne peut pas modifier) le caractère inhérent de la preuve de propension, qui doit être reconnu pour ce qu’il est. J’estime qu’en confirmant le caractère véritable de cette preuve, notre Cour met à l’avant-plan son caractère potentiellement dangereux.

58

59

60

61

62 I refer again to *Arp, supra*, where Cory J., for the Court, reaffirmed the proposition that in exceptional circumstances propensity evidence *is* admissible, at para. 40:

Thus evidence of propensity or disposition may be relevant to the crime charged, but it is usually inadmissible because its slight probative value is ultimately outweighed by its highly prejudicial effect. [Emphasis added.]

63 While Cory J. rested admissibility on the improbability of coincidence (paras. 43 and 45), this does not in my view detract from his recognition that the underlying reasoning was through propensity. When similar facts are attributed to an accused acting “in character”, it is the inferred continuity of character and nothing else that displaces what might otherwise be explained innocently as mere “coincidence”.

64 I emphasize the reference in *Arp* to “usually inadmissible”. Cory J. recognized, as did McLachlin J. in *B. (C.R.)*, *supra*, that disposition evidence could unusually and exceptionally be admitted if it survives the rigours of balancing probative value against prejudice.

65 While some of Sopinka J.’s judgments are occasionally cited for the proposition that propensity evidence, as such, is never admissible, I think this overstates his position. He, like McLachlin J. in *C. (M.H.)*, at p. 771, occasionally uses the word “disposition” as shorthand for “general” disposition, or bad character, which both agree to be inadmissible. Sopinka J.’s agreement with the use of situation specific evidence of propensity is confirmed, I think, in his majority opinion in *Morin, supra*, a case in which propensity evidence was sought to be established by expert testimony rather than similar fact evidence. He stated at p. 370:

Je renvoie de nouveau à l’arrêt *Arp*, précité, par. 40, où le juge Cory a réaffirmé, au nom de notre Cour, que la preuve de propension *est* admissible dans des circonstances exceptionnelles :

Par conséquent, la preuve d’une propension ou disposition peut être pertinente à l’égard du crime reproché, mais elle est généralement inadmissible parce que, en dernière analyse, son effet très préjudiciable l’emporte sur sa faible valeur probante. [Je souligne.]

Bien que le juge Cory ait fondé l’admissibilité de la preuve sur l’improbabilité d’une coïncidence (par. 43 et 45), j’estime que cela n’atténue aucunement sa reconnaissance que le raisonnement sous-jacent reposait sur la propension. Lorsque des faits similaires sont attribués à un accusé ayant agi comme « cela lui ressemble », c’est le fait d’inférer la puissance d’une certaine moralité et rien d’autre qui écarte ce qui pourrait par ailleurs être expliqué de bonne foi comme étant une simple « coïncidence ».

Je tiens à souligner que l’arrêt *Arp* parle d’une preuve « généralement inadmissible ». Le juge Cory a reconnu, à l’instar du juge McLachlin dans l’arrêt *B. (C.R.)*, précité, que la preuve d’une prédisposition pourrait, dans des circonstances inhabituelles et exceptionnelles, être admise si elle surmontait les rigueurs de la détermination de la valeur probante en fonction du préjudice.

Bien que certains jugements du juge Sopinka soient parfois cités à l’appui de la proposition selon laquelle la preuve de propension en tant que telle n’est jamais admissible, je crois que c’est là exagérer son point de vue. Le juge Sopinka, à l’instar du juge McLachlin dans l’arrêt *C. (M.H.)*, précité, p. 771, utilise parfois le terme « disposition » ou « tendances » dans le sens de prédisposition « générale » ou de mauvaise moralité, que tous les deux jugent inadmissibles. À mon avis, les motifs majoritaires du juge Sopinka dans l’arrêt *Morin*, précité, confirment qu’il est d’accord avec l’utilisation d’une preuve de propension à agir d’une certaine façon dans une situation particulière. Dans l’affaire *Morin*, on cherchait à établir l’existence d’une propension au moyen d’un témoignage d’expert au lieu de le faire à l’aide d’une preuve de faits similaires. Le juge Sopinka affirme, à la p. 370 :

It seems to me that the policy against the admission of such evidence is satisfied if its probative value exceeds its prejudicial effect. On the other hand, the mere fact that the evidence has some relevance does not secure its admissibility if it does not meet this test.

In *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, Sopinka J. further confirmed his approach to propensity evidence at p. 120:

Cross on Evidence (6th ed. 1985) contains a concise statement of the “similar facts rule” at p. 311 with which I agree:

. . . evidence of the character or of the misconduct of the accused on other occasions . . . tendered to show his bad disposition, is inadmissible unless it is so highly probative of the issues in the case as to outweigh the prejudice it may cause.

The acknowledgement that similar fact evidence uses propensity as its mode of reasoning is also supported by *Wigmore on Evidence, supra*, at pp. 1152-53, and Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 11.141.

It follows, as stated by Charron J.A. in *B. (L.)*, *supra*, at p. 57:

. . . propensity reasoning in and of itself is not prohibited. Indeed, it is usually inevitable, given the nature of the evidence and the reason for its admission. . . .

It is propensity reasoning that is based solely on the general bad character of the accused, as revealed through this evidence of discreditable conduct, which is prohibited.

See also *R. v. Batte* (2000), 34 C.R. (5th) 197 (Ont. C.A.), at p. 226, *per* Doherty J.A.

(2) Identification of the “Issue in Question” is an Important Control

McLachlin J. speaks in *B. (C.R.)*, *supra*, of the “value of the evidence in relation to an issue in question” (p. 732 (emphasis added)). McIntyre J., in *Sweitzer, supra*, emphasized that whether or not probative value exceeds prejudicial effect can only be determined in light of the purpose for which

Il me semble que le principe qui s’oppose à l’admission de ce genre de preuve est respecté si sa valeur probante est supérieure à son effet préjudiciable. D’autre part, le simple fait que la preuve a une certaine pertinence n’assure pas son admissibilité si elle ne respecte pas ce critère.

Dans l’arrêt *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, p. 120, le juge Sopinka a confirmé davantage son approche relativement à la preuve de propension :

Dans *Cross on Evidence* (6^e éd. 1985), à la p. 311, on trouve un énoncé concis de la « règle relative à la preuve de faits similaires », que j’approuve :

[TRADUCTION] . . . une preuve de la moralité ou de l’inconduite de l’accusé à d’autres occasions (. . .) produite pour établir ses mauvaises tendances, est inadmissible, à moins que sa valeur probante relativement aux questions en litige soit tellement grande qu’elle l’emporte sur le préjudice que peut causer cette preuve.

Wigmore on Evidence, op. cit., p. 1152-1153, et Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, § 11.141, reconnaissent également que le raisonnement appliqué à la preuve de faits similaires est fondé sur la propension.

Il s’ensuit, comme l’a expliqué madame le juge Charron dans l’arrêt *B. (L.)*, précité, p. 57, que

[TRADUCTION] . . . le raisonnement fondé sur la propension n’est pas interdit en soi. En fait, il est habituellement inévitable en raison de la nature de la preuve et de la raison justifiant son admission . . .

Ce qui est interdit, c’est le raisonnement fondé sur la propension qui ne repose que sur la mauvaise moralité générale de l’accusé, qui ressort de cette preuve de conduite déshonorante.

Voir aussi l’arrêt *R. c. Batte* (2000), 34 C.R. (5th) 197 (C.A. Ont.), p. 226, le juge Doherty.

(2) L’importance de cerner la « question soulevée »

Dans l’arrêt *B. (C.R.)*, précité, p. 732, le juge McLachlin parle de la « valeur probante de la preuve relative à une question soulevée » (je souligne). Dans l’arrêt *Sweitzer*, précité, p. 953, le juge McIntyre souligne que la question de savoir si la valeur probante d’une preuve l’emporte ou non

66

67

68

69

the evidence is proffered (p. 953). The importance of issue identification was also emphasized in *D. (L.E.)*, *supra*, at p. 121; *C. (M.H.)*, *supra*, at p. 771; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, at p. 358; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, at p. 731; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654, at para. 35; and *Arp*, *supra*, at para. 48.

70

An indication of the importance of identifying “the issue in question” is that the trial judge is required to instruct the jury that they may use the evidence in relation to that issue and not otherwise.

71

This Court has frequently gone out of its way to emphasize that the general disposition of the accused does not qualify as “an issue in question”. As stated, the similar fact evidence may be admissible if, but only if, it goes beyond showing general propensity (moral prejudice) and is more probative than prejudicial in relation to an issue in the crime now charged. I accept as correct the dictum of Lord Goddard C.J. in *R. v. Sims*, [1946] 1 All E.R. 697 (C.C.A.), at p. 700, that “[e]vidence is not to be excluded merely because it tends to show the accused to be of a bad disposition, but only if it shows nothing more”, provided the “something more” is taken to refer to an excess of probative value over prejudice. Thus, for example, in *B. (F.F.)*, *supra*, the accused was charged with the sexual abuse of a young girl in his care. Similar fact evidence was led from the complainant’s brothers about physical abuse and the violent domination by the accused of the household. Iacobucci J., for the majority, stated, at p. 731:

... evidence which tends to show bad character or a criminal disposition on the part of the accused is admissible if (1) relevant to some other issue beyond disposition or character, and (2) the probative value outweighs the prejudicial effect. [Emphasis added.]

sur son effet préjudiciable ne peut être tranchée qu’en fonction de la fin à laquelle elle est produite. Notre Cour a également souligné l’importance de cerner la question en litige dans les arrêts suivants : *D. (L.E.)*, précité, p. 121; *C. (M.H.)*, précité, p. 771; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, p. 358; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, p. 731; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654, par. 35; *Arp*, précité, par. 48.

Un indice de l’importance de cerner la « question soulevée » est le fait que le juge du procès doit informer les membres du jury qu’ils peuvent utiliser la preuve relativement à cette question seulement et non à d’autres fins.

Notre Cour s’est souvent efforcée de souligner que la prédisposition générale de l’accusé ne peut pas être une « question soulevée ». Comme nous l’avons vu, la preuve de faits similaires peut être admissible si, et seulement si, elle tend à établir davantage qu’une propension générale (préjudice moral) et si elle est plus probante que préjudiciable relativement à une question soulevée par le crime maintenant reproché. Je considère juste l’opinion incidente exprimée par le lord juge en chef Goddard dans l’arrêt *R. c. Sims*, [1946] 1 All E.R. 697 (C.C.A.), p. 700, selon laquelle [TRADUCTION] « [i]l ne faut pas juger une preuve irrecevable pour la seule raison qu’elle tend à établir les mauvaises dispositions de l’accusé, mais il faut le faire seulement si elle ne prouve rien d’autre », pourvu que « ce quelque chose d’autre » soit interprété comme désignant une valeur probante supérieure au préjudice susceptible de résulter. Ainsi, par exemple, dans l’arrêt *B. (F.F.)*, précité, l’accusé était inculpé d’avoir agressé sexuellement une enfant confiée à ses soins. Les frères de la plaignante ont produit une preuve de faits similaires concernant les agressions physiques commises par l’accusé au sein du foyer et la domination violente qu’il y exerçait. Le juge Iacobucci a affirmé, au nom des juges majoritaires, à la p. 731 :

... la preuve qui tend à démontrer la mauvaise moralité de l’accusé ou l’existence chez lui d’une propension criminelle est admissible (1) si elle a rapport à une autre question litigieuse que la propension ou la moralité, et (2) si sa valeur probante l’emporte sur son effet préjudiciable. [Je souligne.]

Proof of *general* disposition is a prohibited purpose. Bad character is not an offence known to the law. Discreditable disposition or character evidence, at large, creates nothing but “moral prejudice” and the Crown is not entitled to ease its burden by stigmatizing the accused as a bad person. The defence of “innocent association” in *B. (F.F.)* was simply another way of expressing the denial by an accused of an element of the offence. The evidence of his prior discreditable conduct of a distinctive and particular nature, was considered to be strongly probative of specific issues in the case. Thus read, *B. (F.F.)* is quite consistent with *B. (C.R.)*, and should not be interpreted as a rival “two-step” variant of the test.

The requirement to identify the material issue “in question” (i.e., the purpose for which the similar fact evidence is proffered) does not detract from the probative value/prejudice balance, but is in fact essential to it. Probative value cannot be assessed in the abstract. The utility of the evidence lies precisely in its ability to advance or refute a live issue pending before the trier of fact.

The issues in question derive from the facts alleged in the charge and the defences advanced or reasonably anticipated. It is therefore incumbent on the Crown to identify the live issue in the trial to which the evidence of disposition is said to relate. If the issue has ceased to be in dispute, as for example when the fact is admitted by the accused, then the evidence is irrelevant and it must be excluded: *R. v. Clermont*, [1986] 2 S.C.R. 131, at p. 136; *R. v. Bosley* (1992), 18 C.R. (4th) 347 (Ont. C.A.), at p. 360; *R. v. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436 (Man. C.A.), at p. 447; *R. v. Hanna* (1990), 57 C.C.C. (3d) 392 (B.C.C.A.); and *B. (L.)*, *supra*, at p. 50. The relative importance of the issue in the particular trial may also have a bearing on the weighing up of factors for and against admissibility. Similar fact evidence that

La preuve d’une prédisposition *générale* est une fin prohibée. La mauvaise moralité n’est pas une infraction en droit. La preuve d’une propension déshonorante ou de la moralité en général n’engendre rien de plus qu’un « préjudice moral » et le ministère public n’est pas habilité à alléger la charge qui lui incombe en présentant l’accusé comme une mauvaise personne. Le moyen de défense fondé sur les « rapports innocents », dont il est question dans l’arrêt *B. (F.F.)*, constituait simplement une autre façon d’exprimer la dénégation par un accusé d’un élément de l’infraction. Notre Cour avait alors considéré que la preuve de la conduite antérieure déshonorante distincte et particulière de l’accusé était très probante relativement à certaines questions soulevées dans l’affaire. Selon cette interprétation, l’arrêt *B. (F.F.)* est tout à fait compatible avec l’arrêt *B. (C.R.)* et ne devrait pas être interprété comme établissant une variante « à deux volets » qui rivalise avec le critère formulé dans ce dernier arrêt.

L’exigence de cerner la question importante « soulevée » (c’est-à-dire la fin à laquelle la preuve de faits similaires est produite) ne compromet pas la détermination de la valeur probante en fonction du préjudice, mais est en fait essentielle à cette détermination. La valeur probante ne se détermine pas dans l’abstrait. L’utilité de la preuve réside précisément dans le fait qu’elle permet d’étayer ou de réfuter une question en litige dont est saisi le juge des faits.

Les questions soulevées découlent des faits allégués dans l’accusation ainsi que des moyens de défense invoqués ou raisonnablement escomptés. Il incombe donc au ministère public de cerner la question en litige dans le procès, à laquelle on prétend que la preuve de prédisposition se rapporte. Si la question n’est plus litigieuse, comme, par exemple, lorsque l’accusé a admis le fait, la preuve n’est plus pertinente et doit être exclue : *R. c. Clermont*, [1986] 2 R.C.S. 131, p. 136; *R. c. Bosley* (1992), 18 C.R. (4th) 347 (C.A. Ont.), p. 360; *R. c. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436 (C.A. Man.), p. 447; *R. c. Hanna* (1990), 57 C.C.C. (3d) 392 (C.A.C.-B.); *B. (L.)*, précité, p. 50. L’importance relative de la question litigieuse dans le procès peut également avoir une incidence sur l’appréciation des facteurs

72

73

74

is virtually conclusive of a minor issue may still be excluded for reasons of overall prejudice.

75 The “issues in question” are not, it should be emphasized, categories of admissibility. Their identification is simply an element of the admissibility analysis which, as stated, turns on weighing probative value against prejudice.

(3) Identification of the Required Degree of Similarity

76 The principal driver of probative value in a case such as this is the connectedness (or nexus) that is established between the similar fact evidence and the offences alleged, particularly where the connections reveal a “degree of distinctiveness or uniqueness” (*B. (C.R.)*, *supra*, at p. 735). As stated by Cory J. in *Arp*, *supra*, at para. 48:

... where similar fact evidence is adduced to prove a fact in issue, in order to be admissible, the trial judge should evaluate the degree of similarity of the alleged acts and decide whether the objective improbability of coincidence has been established. Only then will the evidence have sufficient probative value to be admitted.

77 Thus in *Arp*, where the issue was identification, Cory J. cited at para. 43 *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481 (Ont. C.A.), where Martin J.A. observed that evidence of propensity on the issue of identification is not admissible “unless the propensity is so highly distinctive or unique as to constitute a signature” (p. 496). Martin J.A. made the propensity point again in his lecture on “Similar Fact Evidence” published in [1984] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 1, at pp. 9-10, in speaking of the Moors Murderer case (*R. v. Straffen*, [1952] 2 Q.B. 911):

Although evidence is not admissible to show a propensity to commit crimes, or even crimes of a particular class, evidence of a propensity to commit a particular crime in

favorables et défavorables à l’admissibilité de la preuve. La preuve de faits similaires qui est, pour ainsi dire, concluante relativement à une question d’importance secondaire peut toujours être exclue pour des raisons de préjudice global.

Il y a lieu de souligner que les « questions soulevées » ne constituent pas des catégories d’admissibilité. Leur détermination constitue simplement un élément de l’analyse de l’admissibilité qui, comme nous l’avons vu, repose sur la détermination de la valeur probante en fonction du préjudice.

(3) La détermination du degré requis de similitude

La principale source de valeur probante dans un cas comme celui dont nous sommes saisis est le rapport (ou lien) qui est établi entre la preuve de faits similaires et les infractions reprochées, notamment lorsque ce rapport révèle l’existence d’un « degré de particularisme » (*B. (C.R.)*, précité, p. 735). Comme l’affirme le juge Cory dans l’arrêt *Arp*, précité, par. 48 :

... lorsqu’une preuve de faits similaires est produite pour prouver un fait en litige, pour décider de son admissibilité le juge du procès doit apprécier le degré de similitude des faits reprochés et déterminer si l’improbabilité objective d’une coïncidence a été établie. Ce n’est que dans ce cas que la preuve aura une valeur probante suffisante pour être admissible.

Ainsi, dans l’arrêt *Arp* où la question en litige concernait l’identification, le juge Cory a cité, au par. 43, l’arrêt *R. c. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481 (C.A. Ont.), dans lequel le juge Martin avait fait observer qu’une preuve de propension relative à l’identification n’est pas admissible [TRADUCTION] « à moins que la propension soit tellement distinctive ou singulière qu’elle constitue une signature » (p. 496). Le juge Martin a réitéré cette remarque concernant la propension dans son exposé intitulé « Similar Fact Evidence », publié dans [1984] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 1, p. 9-10, en parlant de l’affaire du meurtrier de Moors (*R. c. Straffen*, [1952] 2 Q.B. 911) :

[TRADUCTION] Bien qu’une preuve ne soit pas admissible pour démontrer la propension à commettre des crimes, ou même des crimes d’un type particulier, la preuve d’une

a *peculiar and distinctive way* was admissible and sufficient to identify [Straffen] as the killer of the deceased. [Emphasis in original.]

The issue in the present case is not identification but the *actus reus* of the offence. The point is not that the degree of similarity in such a case must be *higher* or *lower* than in an identification case. The point is that the issue is *different*, and the drivers of cogency in relation to the desired inferences will therefore not be the same. As Grange J.A. correctly pointed out 20 years ago in *R. v. Carpenter* (1982), 142 D.L.R. (3d) 237 (Ont. C.A.), at p. 244:

The degree of similarity required will depend upon the issues in the particular case, the purpose for which the evidence is sought to be introduced and the other evidence.

If, for example, the complainant in this case had not been able to identify the respondent as the perpetrator of the alleged offence, the conduct described by the ex-wife was not so “peculiar and distinctive” as to amount to a “signature” or “fingerprints at the scene of the crime” that would safely differentiate him from other possible assailants.

On the other hand, in a case where the issue is the *animus* of the accused towards the deceased, a prior incident of the accused stabbing the victim may be admissible even though the victim was ultimately shot — the accused says accidentally (Rosenberg, *supra*, at p. 8). The acts could be said to be dissimilar but the inference on the “issue in question” would nonetheless be compelling.

(4) Identification of Connecting Factors — Is the Similar Fact Evidence Appropriately Connected to the Facts Alleged in the Charge?

The decided cases suggest the need to pay close attention to similarities in character, proximity in time and frequency of occurrence. Wigmore put it this way:

propension à commettre un crime particulier *d'une façon particulière et distinctive* a été jugée admissible et suffisante pour identifier [Straffen] comme le meurtrier de la victime. [En italique dans l'original.]

En l'espèce, la question en litige porte non pas sur l'identification, mais sur l'*actus reus* de l'infraction. Ce n'est pas que, dans un tel cas, le degré de similitude doit être *plus élevé* ou *moins élevé* que dans une affaire d'identification. Là où je veux en venir, c'est que la question est *différente*, et les sources de force probante quant aux inférences souhaitées seront donc différentes. Comme le juge Grange l'a fait remarquer à juste titre, il y a 20 ans, dans l'arrêt *R. c. Carpenter* (1982), 142 D.L.R. (3d) 237 (C.A. Ont.), p. 244 :

[TRADUCTION] Le degré requis de similitude dépend des questions en litige dans l'affaire en question, de la fin à laquelle on cherche à produire la preuve et des autres éléments de preuve.

Si, par exemple, la plaignante en l'espèce n'avait pas été en mesure d'identifier l'intimé comme étant l'auteur de l'infraction reprochée, la conduite décrite par l'ex-épouse n'aurait pas été [TRADUCTION] « particulière et distinctive » au point de constituer une « signature » ou des « empreintes sur les lieux du crime » qui distingueraient à coup sûr l'intimé des autres agresseurs possibles.

En revanche, dans le cas où la question en litige touche aux sentiments de l'accusé envers la victime, un épisode antérieur au cours duquel l'accusé a poignardé la victime peut être admissible même si la victime a finalement été abattue — accidentellement, aux dires de l'accusé (Rosenberg, *loc. cit.*, p. 8). On pourrait dire que les actes sont différents, mais l'inférence relative à la « question soulevée » serait néanmoins décisive.

(4) La détermination des facteurs de rattachement — La preuve de faits similaires est-elle liée de façon appropriée aux faits allégués dans l'accusation?

La jurisprudence indique qu'il est nécessaire de prêter une attention particulière aux similitudes existant sur les plans de la nature, de la proximité temporelle et de la fréquence. Wigmore affirme à ce propos :

78

79

80

81

Since it is the improbability of a like result being repeated by mere chance that carried probative weight, the essence of this probative effect is the likeness of the instance. . . .

It is just this requirement of similarity which leaves so much room for difference of opinion, and accounts for the bewildering variances of rulings in the different jurisdictions and even in the same jurisdiction and in cases of the same offense.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 2 (Chadbourn rev. 1979), at pp. 245-46)

See also: *Arp*, *supra*, at para. 44; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, at p. 941; and *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, at pp. 730-31. Thus it was the required degree of similarity, or the lack of it, that divided the Court in *B. (C.R.)*, *supra*, at pp. 739 and 753. Similarity in this respect does not necessarily require a strong peculiarity or unusual distinctiveness underlying the events being compared, although similar facts manifesting a singular trait (such as necrophilia) would likely be a powerful tool in the hands of the prosecution.

82

The trial judge was called on to consider the cogency of the proffered similar fact evidence in relation to the inferences sought to be drawn, as well as the strength of the proof of the similar facts themselves. Factors connecting the similar facts to the circumstances set out in the charge include:

- (1) proximity in time of the similar acts: *D. (L.E.)*, *supra*, at p. 125; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.), at p. 345; *R. v. Huot* (1993), 16 O.R. (3d) 214 (C.A.), at p. 220;
- (2) extent to which the other acts are similar in detail to the charged conduct: *Huot*, *supra*, at p. 218; *R. v. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465 (Ont. C.A.), at p. 471; *C. (M.H.)*, *supra*, at p. 772;
- (3) number of occurrences of the similar acts: *Batte*, *supra*, at pp. 227-28;

[TRADUCTION] Puisque c'est l'improbabilité qu'un résultat similaire se produise de nouveau par pur hasard qui avait une valeur probante, cet effet probant tient essentiellement à la similitude de l'affaire . . .

C'est seulement cette exigence de similitude qui se prête tant aux divergences d'opinions et qui explique les différences ahurissantes dans les décisions des divers ressorts et même à l'intérieur d'un même ressort ainsi que dans des affaires portant sur la même infraction.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 2 (Chadbourn rev. 1979), p. 245-246)

Voir aussi les arrêts *Arp*, précité, par. 44; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, p. 941, et *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, p. 730-731. C'est donc le degré requis de similitude, ou plutôt l'absence de similitude, qui a divisé notre Cour dans l'arrêt *B. (C.R.)*, précité, p. 739 et 753. La similitude à cet égard n'exige pas nécessairement qu'une forte particularité ou un trait distinctif inhabituel caractérise les événements visés par la comparaison, quoique des faits similaires qui font ressortir un trait de caractère singulier (comme la nécrophilie) constitueraient vraisemblablement un outil puissant aux mains de la poursuite.

Le juge du procès était appelé à examiner la force probante de la preuve de faits similaires produite en fonction des inférences que l'on cherchait à faire, ainsi que la force probante de la preuve des faits similaires eux-mêmes. Les facteurs reliant les faits similaires aux circonstances énoncées dans l'accusation sont notamment :

- (1) la proximité temporelle des actes similaires : *D. (L.E.)*, précité, p. 125; *R. c. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.), p. 345; *R. c. Huot* (1993), 16 O.R. (3d) 214 (C.A.), p. 220;
- (2) la mesure dans laquelle les autres actes ressemblent dans leurs moindres détails à la conduite reprochée : *Huot*, précité, p. 218; *R. c. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465 (C.A. Ont.), p. 471; *C. (M.H.)*, précité, p. 772;
- (3) la fréquence des actes similaires : *Batte*, précité, p. 227-228;

- | | |
|---|--|
| (4) circumstances surrounding or relating to the similar acts (<i>Litchfield, supra</i> , at p. 358); | (4) les circonstances entourant les actes similaires ou s’y rapportant (<i>Litchfield</i> , précité, p. 358); |
| (5) any distinctive feature(s) unifying the incidents: <i>Arp, supra</i> , at paras. 43-45; <i>R. v. Fleming</i> (1999), 171 Nfld. & P.E.I.R. 183 (Nfld. C.A.), at paras. 104-5; <i>Rulli, supra</i> , at p. 472; | (5) tout trait distinctif commun aux épisodes : <i>Arp</i> , précité, par. 43-45; <i>R. c. Fleming</i> (1999), 171 Nfld. & P.E.I.R. 183 (C.A.T.-N.), par. 104-105; <i>Rulli</i> , précité, p. 472; |
| (6) intervening events: <i>R. v. Dupras</i> , [2000] B.C.J. No. 1513 (QL) (S.C.), at para. 12; | (6) les faits subséquents : <i>R. c. Dupras</i> , [2000] B.C.J. No. 1513 (QL) (C.S.), par. 12; |
| (7) any other factor which would tend to support or rebut the underlying unity of the similar acts. | (7) tout autre facteur susceptible d’étayer ou de réfuter l’unité sous-jacente des actes similaires. |

On the other hand, countervailing factors which have been found helpful in assessing prejudice include the inflammatory nature of the similar acts (*D. (L.E.)*, at p. 124) and whether the Crown can prove its point with less prejudicial evidence. In addition, as stated, the court was required to take into account the potential distraction of the trier of fact from its proper focus on the facts charged, and the potential for undue time consumption. These were collectively described earlier as moral prejudice and reasoning prejudice.

This list is intended to be helpful rather than exhaustive. Not all factors will exist (or be necessary) in every case. A comparable approach is utilized in other common law jurisdictions, including England (see *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*, [1973] A.C. 729 (H.L.), at p. 758), and in the United States (see C. B. Mueller and L. C. Kirkpatrick, *Federal Evidence* (2nd ed. 1994 & Supp. 2001), vol. 2, at § 161; *United States v. Enjady*, 134 F.3d 1427 (10th Cir. 1998), *certiorari* denied, 525 U.S. 887 (1998)).

(5) Differentiating Admissible from Inadmissible Propensity Evidence

Part of the conceptual problem with similar fact evidence is that words like “disposition” or “propensity” are apt to describe a whole spectrum of human character and behaviour of varying degrees of potential relevance. At the vague end of the spectrum, it might be said that the respondent has

Par ailleurs, les facteurs défavorables jugés utiles pour évaluer le préjudice comprennent le caractère incendiaire des actes similaires (*D. (L.E.)*, p. 124) et la question de savoir si le ministère public peut prouver ce qu’il avance à l’aide d’éléments de preuve moins préjudiciables. En outre, je le répète, la cour devait tenir compte du risque que la preuve de faits similaires empêche le juge des faits de bien se concentrer sur les faits reprochés et qu’elle entraîne un délai excessif. Ces facteurs ont déjà été collectivement qualifiés de préjudice moral et de préjudice par raisonnement.

Cette liste se veut utile plutôt qu’exhaustive. Les facteurs ne seront pas tous présents (ou requis) dans chaque cas. Une approche comparable est utilisée dans d’autres ressorts de common law, dont l’Angleterre (voir *Director of Public Prosecutions c. Kilbourne*, [1973] A.C. 729 (H.L.), p. 758) et les États-Unis (voir C. B. Mueller et L. C. Kirkpatrick, *Federal Evidence* (2^e éd. 1994 & suppl. 2001), vol. 2, § 161; *United States c. Enjady*, 134 F.3d 1427 (10th Cir. 1998), *certiorari* refusé, 525 U.S. 887 (1998)).

(5) Différentiation de la preuve admissible et de la preuve inadmissible en matière de propension

Une partie du problème conceptuel lié à la preuve de faits similaires réside dans le fait que des termes comme « prédisposition » ou « propension » sont susceptibles de décrire toute une gamme de tempéraments et de comportements humains qui peuvent être plus ou moins pertinents. À l’extrémité de la

83

84

85

a general disposition or propensity “for violence”. This, by itself, proved nothing of value in this trial. The respondent was not charged with having a brutal personality, and his general character was, in that sense, irrelevant.

86 At a more specific level, it is alleged here that the propensity to violence emerges in this respondent in a desire for hurtful sex. This formulation provides more context, but the definition of so general a propensity is still of little real use, particularly when it is sought to use “propensity” not to predict future conduct in a general way, but to conclude that the respondent is guilty of acting in the specific way under the specific circumstances on December 6, 1996 alleged by this complainant.

87 Cogency increases as the fact situation moves further to the specific end of the spectrum. In *Lepage, supra*, the accused was charged with possession of LSD for the purpose of trafficking in narcotics. The trial judge admitted evidence of a roommate that the accused was a “major [drug] dealer in the house” and on that basis expressed the opinion that the drugs belonged to the accused. On appeal, Sopinka J., writing for the majority, ruled that the evidence was admissible on the issue of possession, at paras. 36-37:

In the present case, the testimony of Thelland is not merely relevant to the character of the respondent, but is also relevant to possession which is a key issue in the case. In the circumstances of this case, there were three people living in the house and it was clear that the drugs belonged to one of the three. Surely, it is relevant to the issue of possession to have one of the three testify that the drugs were not his and furthermore, indicate that the respondent is in the business and therefore it is more likely that he was the owner of the drugs.

The evidence is not being adduced solely for the purpose of showing that the respondent is likely to have committed the crime because he is the type of person who would be likely to possess drugs.

gamme où la preuve est vague, on pourrait dire que l’intimé a une prédisposition ou propension générale à la « violence », ce qui en soi n’a rien prouvé d’utile au procès. L’intimé n’était pas accusé d’avoir une personnalité violente et, dans ce sens, sa réputation générale n’était pas pertinente.

À un niveau plus précis, on allègue que la propension à la violence de l’intimé ressort de son désir d’infliger de la douleur à ses partenaires sexuelles. Cette formulation procure plus de contexte, mais la définition d’une propension si générale demeure encore peu utile, particulièrement lorsque l’on cherche à utiliser la « propension » non pas pour prédire de façon générale un comportement futur, mais pour conclure que l’intimé est coupable d’avoir agi d’une façon particulière dans les circonstances précises du 6 décembre 1996, alléguées par la plaignante.

La force probante de la preuve augmente à mesure que la situation factuelle se rapproche de l’extrémité de la gamme où la preuve est plus précise. Dans l’arrêt *Lepage*, précité, l’accusé avait été inculpé de possession de LSD en vue d’en faire le trafic. Le juge du procès avait admis le témoignage d’un colocataire selon lequel l’accusé était un [TRADUCTION] « gros trafiquant [de drogue] dans la maison », et avait conclu, pour cette raison, que la drogue appartenait à l’accusé. En appel, le juge Sopinka, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a statué que la preuve était admissible relativement à la question de la possession, aux par. 36-37 :

En l’espèce, le témoignage de Thelland est pertinent non seulement à l’égard de la moralité de l’intimé, mais aussi quant à la possession qui est ici une question clé. En l’occurrence, trois personnes habitaient dans la maison et la drogue appartenait manifestement à l’une d’elles. Il est certes pertinent, relativement à la question de la possession, que l’une des trois personnes témoigne que la drogue ne lui appartient pas et indique, de plus, que l’intimé s’adonne au trafic de la drogue et est donc plus susceptible d’être le propriétaire de la substance en question.

La preuve n’est pas produite à seule fin de montrer que l’intimé est susceptible d’avoir commis l’infraction du fait qu’il est le genre de personne susceptible d’avoir de la drogue en sa possession.

The *issue* to which the evidence was relevant was possession (not just character or propensity), but the housemate's evidence derived its cogency from what it said about the character or disposition of the accused, as the dissenters, *per* Major J., pointed out, at para. 55:

In Justice Sopinka's view, the evidence of Thelland was relevant not solely to character, but also to possession, in that someone in the business of dealing narcotics had more opportunity and was more likely to be in possession of narcotics. With respect, this is evidence of propensity to deal in drugs, and nothing more.

The difference between the majority and the minority, it seems, was that the majority considered the connections or correspondence between the act charged and the prior acts of possession (what *McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 1, at p. 687, calls "situation-specific behavior") sufficiently compelling to draw safely the inference of possession on the facts charged, whereas the minority considered any linkage to be so general as to have no probative value with respect to the particular facts of the offence on the particular date charged.

On the facts of *B. (C.R.)*, the majority concluded that the accused was shown to have a situation specific propensity to abuse sexually children to whom he stood in parental relationship, and there was a close match between the "distinct and particular" propensity demonstrated in the similar fact evidence and the misconduct alleged in the charge, although even the majority considered the admissibility to be "borderline" (p. 739). Similar fact evidence is sometimes said to demonstrate a "system" or "*modus operandi*", but in essence the idea of "*modus operandi*" or "system" is simply the observed pattern of propensity operating in a closely defined and circumscribed context.

La preuve était pertinente relativement à la *question* de la possession (non pas seulement à celle de la moralité ou de la propension), mais le témoignage du colocataire tirait sa force probante de ce qu'il révélait de la moralité ou de la prédisposition de l'accusé, comme les juges dissidents l'ont fait remarquer sous la plume du juge Major, au par. 55 :

Selon le juge Sopinka, le témoignage de Thelland était pertinent non seulement quant à la moralité mais aussi relativement à la question de la possession, du fait qu'une personne qui se livre au trafic des stupéfiants a plus d'occasions et est plus susceptible d'avoir des stupéfiants en sa possession. En toute déférence, il s'agit d'une preuve de propension au trafic de la drogue, sans plus.

Il semble que la divergence d'opinions entre les juges majoritaires et les juges dissidents résidait dans le fait que les premiers étaient d'avis que les liens ou la correspondance entre l'acte reproché et les actes antérieurs de possession (ce que *McCormick on Evidence* (5^e éd. 1999), vol. 1, p. 687, qualifie de [TRADUCTION] « comportement dans une situation particulière ») étaient assez convaincants pour que l'on puisse inférer, sans crainte de se tromper, la possession à partir des faits reprochés, alors que les juges dissidents estimaient que cette interdépendance était si générale qu'elle n'avait aucune valeur probante relativement aux faits particuliers de l'infraction commise à la date mentionnée dans l'accusation.

Compte tenu des faits de l'affaire *B. (C.R.)*, les juges majoritaires ont conclu qu'il avait été démontré que, dans une situation particulière, l'accusé avait une propension à agresser sexuellement des enfants auxquels il tenait lieu de père, et qu'il existait une correspondance étroite entre la propension « distincte et particulière » démontrée dans la preuve de faits similaires et l'inconduite reprochée dans l'accusation; cependant, même les juges majoritaires étaient d'avis qu'il s'agissait d'un « cas limite » en matière d'admissibilité (p. 739). On dit parfois que la preuve de faits similaires démontre l'existence d'un « système » ou d'un « *modus operandi* », mais, pour l'essentiel, l'idée d'un « système » ou d'un « *modus operandi* » est simplement la propension observée dans un contexte bien défini et limité.

88

89

90

91 References to “calling cards” or “signatures” or “hallmarks” or “fingerprints” similarly describe propensity at the admissible end of the spectrum precisely because the pattern of circumstances in which an accused is disposed to act in a certain way are so clearly linked to the offence charged that the possibility of mere coincidence, or mistaken identity or a mistake in the character of the act, is so slight as to justify consideration of the similar fact evidence by the trier of fact. The issue at that stage is no longer “pure” propensity or “general disposition” but repeated conduct in a particular and highly specific type of situation. At that point, the evidence of similar facts provides a compelling inference that may fill a remaining gap in the jigsaw puzzle of proof, depending on the view ultimately taken (in this case) by the jury.

92 This view also seems to have taken hold in Australia where the High Court, relying in part on McLachlin J.’s judgment in *B. (C.R.)*, made the following observations in *Pfennig v. R.* (1995), 127 A.L.R. 99, at p. 115:

Thus, evidence of mere propensity, like evidence of a general criminal disposition having no identifiable hallmark, lacks cogency yet is prejudicial. On the other hand, evidence of a particular distinctive propensity demonstrated by acts constituting particular manifestations or exemplifications of it will have greater cogency, so long as it has some specific connection with or relation to the issues for decision in the subject case. That evidence, as has been said, will be admissible only if its probative value exceeds its prejudicial effect. [Emphasis added.]

93 I note parenthetically that the court then added a “conclusiveness” criteria which in my view ought to be rejected as too great an intrusion by the trial judge in the fact finding mandate of the jury. This is considered in greater detail below.

(6) Similar Fact Evidence Need Not Be Conclusive

94 Some authorities urge adoption of a further refinement that has been accepted in some common

De même, les mentions de « carte de visite », « signature », « caractéristique » ou « empreintes » décrivent la propension à l’extrémité de la gamme où la preuve est admissible, précisément parce que l’ensemble des circonstances dans lesquelles un accusé est disposé à agir d’une certaine façon sont si clairement liées à l’infraction reprochée que la possibilité d’une simple coïncidence, d’une erreur sur la personne ou d’une erreur quant au caractère de l’acte est si faible que le juge des faits est justifié d’examiner la preuve de faits similaires. À ce stade, il n’est plus question de « pure » propension ou de « prédisposition générale », mais de conduite répétée dans un type très précis et particulier de situation. La preuve de faits similaires permet alors de faire une inférence convaincante susceptible de fournir une pièce manquante dans le puzzle de la preuve, selon le point de vue que le jury adoptera en fin de compte (en l’espèce).

Ce point de vue semble avoir également été adopté en Australie où la Haute Cour, se fondant en partie sur les motifs de madame le juge McLachlin dans l’arrêt *B. (C.R.)*, a fait les observations suivantes dans l’arrêt *Pfennig c. R.* (1995), 127 A.L.R. 99, p. 115 :

[TRADUCTION] Par conséquent, la preuve d’une simple propension, comme celle d’une prédisposition criminelle générale, n’ayant pas de caractéristique distinctive, manque de force probante, mais est néanmoins préjudiciable. Par contre, la preuve d’une propension distinctive particulière démontrée par des actes constituant des manifestations ou des exemples de cette propension a une plus grande force probante dans la mesure où elle a un lien particulier avec les questions qui doivent être tranchées dans l’affaire en cause. Comme on l’a dit, cette preuve ne sera admissible que si sa valeur probante l’emporte sur son effet préjudiciable. [Je souligne.]

Je souligne incidemment que la cour a ensuite ajouté un critère du « caractère concluant » qui, à mon avis, devrait être rejeté du fait qu’il représente un trop grand empiétement du juge du procès sur le rôle de juge des faits du jury. Ce point est examiné plus en détail ci-après.

(6) La preuve de faits similaires n’a pas à être concluante

Certains préconisent l’adoption d’une autre précision que des ressorts de common law ont

law jurisdictions in the balancing of prejudice against probative value, namely that similar fact evidence should only be admitted if its probative value is so great as to be virtually conclusive of guilt. As Lord Cross put it in *Boardman*, *supra*, at p. 457:

The question must always be whether the similar fact evidence taken together with the other evidence would do no more than raise or strengthen a suspicion that the accused committed the offence with which he is charged or would point so strongly to his guilt that only an ultra-cautious jury . . . would acquit in face of it.

The High Court of Australia has ruled that unless the similar fact evidence, taken together with the other evidence in the case, would be consistent with guilt and with no other conclusion, it ought to be rejected. In *Pfennig*, the lead judgment authored by Mason C.J., Deane and Dawson JJ., stated at p. 116:

. . . that propensity evidence is circumstantial evidence and that, as such, it should not be used to draw an inference adverse to the accused unless it is the only reasonable inference in the circumstances. More than that, the evidence ought not to be admitted if the trial judge concludes that, viewed in the context of the prosecution case, there is a reasonable view of it which is consistent with innocence.

The test is a variant of the rule generally applicable to circumstantial evidence laid down in *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136, i.e., that the circumstances must be consistent with the conclusion of guilt and inconsistent with any other rational conclusion. The difference, of course, is that we are dealing here with admissibility, not adjudication. The conclusiveness test does not sit well with the balancing model set out in *B. (C.R.)*. If the evidence were truly "conclusive", its probative value would *ex hypothesi* outweigh its prejudice: *Pfennig*, *supra*, at p. 138.

acceptée relativement à l'appréciation du préjudice en fonction de la valeur probante, à savoir qu'il n'y a lieu d'admettre une preuve de faits similaires que si sa valeur probante est si grande qu'elle est, pour ainsi dire, concluante quant à la culpabilité. Comme l'affirme lord Cross dans l'arrêt *Boardman*, précité, p. 457 :

[TRADUCTION] Il faut toujours déterminer si la preuve de faits similaires, considérée avec les autres éléments de preuve, ne ferait qu'engendrer ou renforcer un soupçon que l'accusé a commis l'infraction qui lui est reprochée, ou si elle laisserait si fortement entrevoir sa culpabilité qu'en réalité seul un jury hyperprudent [. . .] prononcerait un verdict d'acquiescement.

La Haute Cour d'Australie a statué qu'il faudrait rejeter la preuve de faits similaires sauf si, considérée avec les autres éléments de preuve dans l'affaire, elle était compatible avec la culpabilité de l'accusé et incompatible avec toute autre conclusion. Dans l'arrêt *Pfennig*, l'arrêt de principe sur la question rendu par le juge en chef Mason et les juges Deane et Dawson, on affirme, à la p. 116, que

[TRADUCTION] la preuve de propension est une preuve circonstancielle et qu'en tant que telle elle ne devrait pas être utilisée pour faire une inférence défavorable à l'accusé, sauf s'il s'agit de la seule inférence raisonnable dans les circonstances. De plus, la preuve ne devrait pas être admise si le juge du procès conclut que, compte tenu de la preuve à charge, il en existe une interprétation raisonnable compatible avec l'innocence de l'accusé.

Le critère est une variante de la règle généralement applicable à la preuve circonstancielle, qui a été énoncée dans l'affaire *Hodge* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136. Selon cette règle, les circonstances doivent être compatibles avec une conclusion de culpabilité et incompatibles avec toute autre conclusion rationnelle. De toute évidence, la différence réside dans le fait que nous sommes appelés en l'espèce à statuer sur l'admissibilité de la preuve et non sur l'affaire elle-même. Le critère du caractère concluant cadre mal avec le modèle d'évaluation énoncé dans l'arrêt *B. (C.R.)*. Si la preuve était vraiment « concluante », sa valeur probante l'emporterait, par hypothèse, sur le préjudice qu'elle peut causer : *Pfennig*, précité, p. 138.

95

96

97 In my view, the “conclusiveness” test takes the trial judge’s “gatekeeper” function too far into the domain of the trier of fact.

F. *Application of the Test to the Facts of this Case*

98 I proceed to apply the test for similar fact evidence to the facts of this case under the following headings:

(1) The Probative Value of the Evidence

99 Under this heading it is necessary first to determine the precise “*issue in question*” for which the Crown seeks to adduce the similar fact evidence. I will then address the *cogency* of the similar fact evidence in relation to that particular question. This will require consideration of the various *connecting factors* which the Crown considers persuasive, together with those factors which the defence regards as fatally weakening the inferences desired by the prosecution. An important element of the probative weight analysis is the issue of potential *collusion* between the complainant and the ex-wife. I agree with the respondent that it was part of the trial judge’s “gatekeeper” function to consider this issue because collusion, if established to the satisfaction of the trial judge on a balance of probabilities, would be destructive of the very basis on which the similar fact evidence was sought to be admitted, namely the improbability that two women would independently concoct stories with so many (as the Crown contends) similar features.

(2) Assessment of the Prejudice

100 Under this heading, it is necessary to evaluate both moral prejudice (i.e., the potential stigma of “bad personhood”) and reasoning prejudice (including potential confusion and distraction of the jury from the actual charge against the respondent). Of importance in this respect is the inflammatory nature of the sexual and domestic abuse alleged by the ex-wife, and the need for the jury to keep separate consideration of the seven “similar fact”

Selon moi, le critère du « caractère concluant » pousse trop loin le rôle de « gardien » du juge du procès dans le champ d’activité du juge des faits.

F. *Application du critère aux faits de la présente affaire*

Je vais appliquer le critère relatif à la preuve de faits similaires aux faits de la présente affaire en me servant des rubriques suivantes :

(1) La valeur probante de la preuve

Sous cette rubrique, il faut d’abord déterminer quelle est exactement la « *question soulevée* » au sujet de laquelle le ministère public cherche à produire la preuve de faits similaires. Je vais ensuite examiner la *force probante* de la preuve de faits similaires relativement à cette question particulière. Il sera alors nécessaire d’étudier les divers *facteurs de rattachement* que le ministère public juge convaincants, conjointement avec ceux qui, selon la défense, affaiblissent irrémédiablement les inférences souhaitées par la poursuite. Un élément important de l’analyse de la valeur probante est la question de la *collusion* potentielle entre la plaignante et l’ex-épouse. Je conviens avec l’intimé que le rôle de « gardien » du juge du procès consistait notamment à examiner cette question, car si l’existence d’une collusion était établie, selon la prépondérance des probabilités, à la satisfaction du juge du procès, la raison même pour laquelle on cherchait à faire admettre la preuve de faits similaires s’en trouverait éliminée, à savoir l’improbabilité que deux femmes aient indépendamment inventé des histoires comportant (comme le prétend le ministère public) autant de caractéristiques similaires.

(2) L’évaluation du préjudice

Sous cette rubrique, il est nécessaire d’évaluer à la fois le préjudice moral (c’est-à-dire la stigmatisation susceptible de découler de la « mauvaise personnalité ») et le préjudice par raisonnement (y compris la possibilité de semer la confusion dans l’esprit des jurés et de détourner leur attention de l’accusation réellement portée contre l’intimé). À cet égard, ont de l’importance le caractère incendiaire des abus sexuels et de la violence conjugale allégués par

incidents from the only charge they were asked to decide, the sexual assault alleged by the complainant.

(3) Weighing up Probative Value Versus Prejudice

The starting point, of course, is that the similar fact evidence is presumptively inadmissible. It is for the Crown to establish on a balance of probabilities that the likely probative value will outweigh the potential prejudice.

(1) The Probative Value of the Evidence

The issue at this stage is to determine whether the similar fact evidence is indeed strong enough to be capable of *properly* raising in the eyes of the jury the double inferences contended for by the Crown.

The respondent disputes the probative value of the similar fact evidence on three principal grounds: firstly, the opportunity for collusion between his ex-wife and the complainant; secondly, the dissimilarities of the so-called similar facts; and thirdly, the frailties of the ex-wife's evidence.

(a) *The Potential for Collusion*

I mention this issue at the outset because if collusion is present, it destroys the foundation on which admissibility is sought, namely that the events described by the ex-wife and the complainant, testifying independently of one another, are too similar to be credibly explained by coincidence. The trial judge's gatekeeper role in this respect was addressed in *B. (C.R.)* by McLachlin J., at pp. 733-34:

The difficulty of the trial judge's task and the amount of discretion entrusted to him or her is great. As Forbes, [*Similar Facts* (1987)], puts it at pp. 54-55:

A judge presented with similar facts for the prosecution has to exercise an extraordinary complex of duties and powers. First he has to assess not only

l'ex-épouse, ainsi que la nécessité que le jury examine séparément les sept épisodes de « fait similaire » et le seul chef d'accusation sur lequel ils sont appelés à se prononcer, à savoir l'agression sexuelle alléguée par la plaignante.

(3) L'appréciation de la valeur probante en fonction du préjudice

Il va sans dire que l'on présume, au départ, que la preuve de faits similaires est inadmissible. Il incombe au ministère public d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante qu'elle est susceptible d'avoir l'emporte sur le préjudice qu'elle peut causer.

(1) La valeur probante de la preuve

Il s'agit, à ce stade, de déterminer si la preuve de faits similaires est vraiment assez probante pour amener à *bon droit* le jury à faire les deux inférences préconisées par le ministère public.

L'intimé conteste la valeur probante de la preuve de faits similaires en invoquant trois moyens principaux : premièrement, la possibilité de collusion entre l'ex-épouse de l'intimé et la plaignante; deuxièmement, les différences entre les prétendus faits similaires; troisièmement, les faiblesses du témoignage de l'ex-épouse.

a) *La possibilité de collusion*

Je mentionne cette question au départ parce que l'existence d'une collusion aurait pour effet d'éliminer la raison pour laquelle on demande l'admissibilité de la preuve en cause, à savoir que les épisodes décrits par l'ex-épouse et la plaignante, dans leurs témoignages séparés, sont trop similaires pour être, de manière crédible, le fruit d'une coïncidence. À ce propos, le juge McLachlin a examiné le rôle de gardien du juge du procès dans l'arrêt *B. (C.R.)*, précité, p. 733-734 :

La tâche du juge des faits est très difficile et son pouvoir discrétionnaire très grand. Comme le souligne Forbes, [*Similar Facts* (1987)], aux pp. 54 et 55 :

[TRADUCTION] En présence d'une preuve de faits similaires produite par la poursuite, un juge doit exercer des fonctions et des pouvoirs d'une très

101

102

103

104

the relevance but also the weight of the disputed evidence, although the latter task is normally one for the jury. Second, he must somehow amalgamate relevance and weight to arrive at “probative value”. [Emphasis added.]

105 The gatekeeper function was similarly dealt with by Cory J. in *Arp, supra*, at paras. 47-48:

... in determining the admissibility of similar fact evidence the trial judge must, to a certain extent, invade this province [of the jury]. As Professor Smith stated in Case and Comment on *R. v. Hurren*, [1962] *Crim. L. Rev.* 770, at p. 771:

It should be noted that judges commonly distinguish facts as going to weight rather than admissibility (see, e.g., *R. v. Wyatt*); but it is submitted that, as regards similar fact evidence, no sharp line can be drawn and that admissibility depends on weight.

Thus, where similar fact evidence is adduced to prove a fact in issue, in order to be admissible, the trial judge should evaluate the degree of similarity of the alleged acts and decide whether the objective improbability of coincidence has been established. Only then will the evidence have sufficient probative value to be admitted. [Emphasis added.]

106 In my view, the trial judge cannot assess “the objective improbability of coincidence” without addressing the issue of whether the apparent “coincidence” is in fact the product of collusion. Admissibility is a question of law for the judge alone. I agree with the respondent that “[i]t is only through an accurate and full preliminary assessment of probative value that prejudice can be kept within manageable bounds”.

107 The trial judge held that he ought not to reach even a preliminary view of the likelihood of collusion. In this, he may have been influenced by the decision of the House of Lords in *R. v. H.*, [1995] 2 A.C. 596, where it was held that for purposes of admissibility the proffered similar fact evidence ought to be accepted “as true” (p. 611) in all but very exceptional cases. The question of

grande complexité. Premièrement, il doit évaluer non seulement la pertinence, mais également le poids de la preuve contestée, bien que cette dernière fonction relève habituellement du jury. Deuxièmement, il doit fusionner en quelque sorte la pertinence et le poids pour obtenir la « valeur probante ». [Je souligne.]

De même, le juge Cory a examiné ce rôle de gardien dans l’arrêt *Arp*, précité, par. 47-48 :

... pour décider de l’admissibilité d’une preuve de faits similaires, le juge du procès doit, dans une certaine mesure, empiéter sur cette compétence [du jury]. Comme a dit le professeur Smith dans Case and Comment on *R. c. Hurren*, [1962] *Crim. L. Rev.* 770, à la p. 771 :

[TRADUCTION] Il convient de souligner que les juges font habituellement une distinction entre les faits qui se rapportent au poids plutôt qu’à l’admissibilité (voir, par exemple, *R. c. Wyatt*); mais nous soumettons que, pour ce qui est de la preuve de faits similaires, il n’est pas possible de tracer une ligne de démarcation nette, et l’admissibilité dépend du poids.

En conséquence, lorsqu’une preuve de faits similaires est produite pour prouver un fait en litige, pour décider de son admissibilité le juge du procès doit apprécier le degré de similitude des faits reprochés et déterminer si l’improbabilité objective d’une coïncidence a été établie. Ce n’est que dans ce cas que la preuve aura une valeur probante suffisante pour être admissible. [Je souligne.]

À mon avis, le juge du procès ne peut évaluer « l’improbabilité objective d’une coïncidence » sans se demander si la « coïncidence » apparente est en réalité le fruit d’une collusion. L’admissibilité est une question de droit qu’il appartient au juge seul de trancher. À l’instar de l’intimé, je reconnais que [TRADUCTION] « [s]eule la détermination préliminaire exacte et complète de la valeur probante peut permettre de limiter le préjudice de manière acceptable ».

Le juge du procès a conclu qu’il ne devrait même pas exprimer un point de vue préliminaire sur la vraisemblance d’une collusion. L’arrêt de la Chambre des lords *R. c. H.*, [1995] 2 A.C. 596, a peut-être influé sur la décision du juge. En effet, dans cet arrêt, on a statué que, pour être admissible, la preuve de faits similaires produite doit, être tenue [TRADUCTION] « pour véridique » (p. 611) sauf

weight should, on this view, be left wholly to the jury.

A different position was advocated by Sopinka J. in dissent in *B. (C.R.)*, *supra*, at p. 752, namely that the Crown “must negate conspiracy or collaboration in accordance with the criminal standard” (i.e., beyond a reasonable doubt). See also *R. v. Kenny* (1996), 108 C.C.C. (3d) 349 (Nfld. C.A.), at p. 359.

An intermediate position was proposed by Charron J.A. in this case, namely that the possibility of collusion is merely “a factor” to be considered on the issue of admissibility. In doing so, she followed her own ruling in *B. (L.)*, which in turn was followed in *R. v. McDonald* (2000), 148 C.C.C. (3d) 273 (Ont. C.A.), by another panel of that court differently constituted. To the extent that treating collusion as a “factor” is intended merely to emphasize the overall framework of the probative value versus prejudice balance, I agree with it.

I would not agree, however, that suspected collusion would play less strongly against otherwise powerful evidence than in a borderline case. In that sense, suspected collusion is more than just another “factor”. Cogency is derived from the improbability of coincidence. Collusion is a factor, yes, but more than that it is a crucial factor because the existence of collusion rebuts the premise on which admissibility depends.

Charron J.A. found, and I agree, that there was an issue of potential collusion between the complainant and the ex-wife. The evidence went beyond mere “opportunity”, which will be a feature in many cases alleging sexual abuse with multiple complainants. The issue is concoction or collaboration, not contact. If the evidence amounts to no more than opportunity, it will usually best be left to the jury. Here there *is* something more. It is the whiff of profit. The ex-wife acknowledged that she had told the complainant of the \$16,500 she received from

dans des circonstances très exceptionnelles. Selon ce point de vue, la question du poids de la preuve devrait être laissée entièrement à l’appréciation du jury.

Dans l’arrêt *B. (C.R.)*, précité, p. 752, le juge Sopinka, dissident, a adopté un point de vue différent, à savoir que le ministère public « doit écarter le complot ou la collaboration conformément à la norme de droit criminel » (c’est-à-dire hors de tout doute raisonnable). Voir aussi *R. c. Kenny* (1996), 108 C.C.C. (3d) 349 (C.A.T.-N.), p. 359.

En l’espèce, madame le juge Charron a proposé un point de vue intermédiaire selon lequel la possibilité de collusion n’est qu’un [TRADUCTION] « facteur » dont il faut tenir compte relativement à la question de l’admissibilité. Ce faisant, elle a suivi sa propre décision dans l’affaire *B. (L.)*, laquelle a ensuite été suivie par une formation différente de cette cour dans la décision *R. c. McDonald* (2000), 148 C.C.C. (3d) 273 (C.A. Ont.). Je partage ce point de vue dans la mesure où on considère la collusion comme un « facteur » dans le seul but de mettre en évidence le cadre global de la détermination de la valeur probante en fonction du préjudice.

Cependant, je ne suis pas d’accord pour dire que la collusion soupçonnée jouerait moins fortement que dans un cas limite contre une preuve par ailleurs puissante. En ce sens, la collusion soupçonnée est plus qu’un autre « facteur ». La force probante découle de l’improbabilité d’une coïncidence. La collusion est certes un facteur, mais plus encore un facteur crucial du fait que son existence vient réfuter la prémisse sur laquelle repose l’admissibilité.

À l’instar du juge Charron, je suis d’avis qu’il existait une possibilité de collusion entre la plaignante et l’ex-épouse. La preuve indiquait plus que l’existence d’une simple « possibilité » qui caractérise de nombreux cas d’allégations d’abus sexuel contre plusieurs plaignantes. Le litige porte sur une question de fabrication ou de collaboration, et non de contact. Si la preuve ne révèle rien de plus qu’une possibilité, il est habituellement préférable de laisser au jury le soin de trancher cette question. En l’espèce, il y a plus que cela. Il s’agit de l’appât du

108

109

110

111

the Criminal Injuries Compensation Board on the basis, she agreed, that “[a]ll you had to do was say that you were abused”. A few days later the complainant, armed with this information, meets the respondent and goes off with him to have sex in a motel room.

112 The Court in *Arp, supra*, concluded that the test for the admission of similar fact evidence is based on probability rather than reasonable doubt (paras. 65, 66 and 72). Accordingly where, as here, there is some evidence of actual collusion, or at least an “air of reality” to the allegations, the Crown is required to satisfy the trial judge, on a balance of probabilities, that the evidence of similar facts is not tainted with collusion. That much would gain admission. It would then be for the jury to make the ultimate determination of its worth.

113 Here it was not sufficient for the Crown simply to proffer dicey evidence that *if* believed *would* have probative value. It was not incumbent on the defence to prove collusion. It was a condition precedent to admissibility that the probative value of the proffered evidence outweigh its prejudicial effect and the onus was on the Crown to satisfy that condition. The trial judge erred in law in deferring the whole issue of collusion to the jury.

114 While that error of law is sufficient to affirm the need for a new trial as ordered by the Court of Appeal, I proceed to examine the other elements of the test previously described.

(b) *Identification of “the Issue in Question”*

115 The Crown says the issue generally is “the credibility of the complainant” and more specifically “that the accused has a strong disposition to do the very act alleged in the charges against him”, but this requires some refinement. Care must be taken not to allow too broad a gateway for the admission

gain. L’ex-épouse a reconnu avoir dit à la plaignante qu’elle avait reçu 16 500 \$ de la Commission d’indemnisation des victimes d’actes criminels et qu’il [TRADUCTION] « [lui] avait suffi de dire qu[’elle] av[ait] été maltraitée ». Quelques jours plus tard, la plaignante, forte de ce renseignement, rencontre l’intimé et se rend avec lui dans une chambre de motel pour y avoir des relations sexuelles.

Dans l’arrêt *Arp*, précité, par. 65, 66 et 72, notre Cour a conclu que le critère d’admission d’une preuve de faits similaires repose sur la probabilité plutôt que sur le doute raisonnable. En conséquence, dans un cas comme la présente affaire où il existe une certaine preuve de collusion véritable ou des allégations à tout le moins vraisemblables, le ministère public doit convaincre le juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve de faits similaires n’est pas viciée par une collusion. Il lui suffit de faire cela pour que la preuve soit admise. Il appartiendra ensuite au jury de prendre la décision finale quant à la valeur de cette preuve.

En l’espèce, il ne suffisait pas que le ministère public produise des éléments de preuve risqués qui, *si* on leur ajoutait foi, *auraient* une valeur probante. Il n’appartenait pas à la défense de prouver l’existence d’une collusion. Pour qu’il y ait admissibilité, il fallait préalablement établir que la valeur probante de la preuve produite l’emportait sur son effet préjudiciable, et il appartenait au ministère public de remplir cette condition. Le juge du procès a commis une erreur de droit en renvoyant au jury toute la question de la collusion.

Bien que cette erreur de droit suffise pour confirmer la nécessité de tenir le nouveau procès ordonné par la Cour d’appel, je vais examiner les autres éléments du critère décrits plus haut.

b) *La détermination de la « question soulevée »*

Selon le ministère public, la question en litige concerne de façon générale la « crédibilité de la plaignante » et plus particulièrement [TRADUCTION] « le fait que l’accusé est fortement prédisposé à accomplir l’acte même qui est allégué dans les accusations portées contre lui ». Toutefois, il y a des

of propensity evidence or, as it is sometimes put, to allow it to bear too much of the burden of the Crown's case (Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 11.26). Credibility is an issue that pervades most trials, and at its broadest may amount to a decision on guilt or innocence.

Anything that blackens the character of an accused may, as a by-product, enhance the credibility of a complainant. Identification of credibility as the "issue in question" may, unless circumscribed, risk the admission of evidence of nothing more than general disposition ("bad personhood").

Moreover, broadly speaking, the non-consent of the ex-wife on the different occasions described in her evidence is of no relevance to whether the complainant here consented or not: *Clermont, supra*, at p. 135. Because complainant A refused consent in 1992 scarcely establishes that complainant B refused consent in 1996.

A conviction for sexual assault requires proof beyond reasonable doubt of two basic elements, that the accused committed the *actus reus* and that he had the necessary *mens rea*. The *actus reus* of assault is unwanted sexual touching. The *mens rea* is the intention to touch, knowing of, or being reckless of, or wilfully blind to, a lack of consent: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 23.

The respondent admits that sexual touching took place and that he intended it. He denies that it was unwanted. He therefore puts in issue the consent element of the *actus reus*: *Ewanchuk, supra*, at para. 27. Is he to be believed when he says consent was never withdrawn, or is the prosecution correct that

précisions à apporter. Il faut prendre garde de trop ouvrir la porte à l'admission de la preuve de propension ou, comme on le dit parfois, de permettre qu'elle ait une trop grande incidence sur la preuve que le ministère public doit présenter (Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, § 11.26). La crédibilité est une question omniprésente dans la plupart des procès, qui, dans sa portée la plus étendue, peut équivaloir à une décision sur la culpabilité ou l'innocence.

Tout ce qui ternit la moralité de l'accusé peut accessoirement accroître la crédibilité du plaignant. Décider que la « question soulevée » porte sur la crédibilité risque, à moins qu'on en limite la portée, de donner lieu à l'admission de rien de plus qu'une preuve de prédisposition générale (« mauvaise personnalité »).

En outre, de façon générale, le fait que l'ex-épouse de l'intimé a affirmé, dans son témoignage, qu'elle avait refusé à maintes reprises de donner son consentement n'a aucune pertinence pour ce qui est de déterminer si la plaignante en l'espèce était consentante : *Clermont*, précité, p. 135. Le fait que la plaignante A a refusé de consentir en 1992 ne prouve guère que la plaignante B a refusé de consentir en 1996.

Pour qu'une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle puisse être prononcée, il faut faire la preuve hors de tout doute raisonnable de deux éléments fondamentaux, à savoir que l'accusé a accompli l'*actus reus* et qu'il avait la *mens rea* requise. L'*actus reus* de l'agression consiste en des attouchements sexuels non souhaités. La *mens rea* est l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne, tout en sachant que celle-ci n'y consent pas, ou encore en faisant montre d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de cette absence de consentement : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 23.

L'intimé admet qu'il s'est livré à des attouchements sexuels et qu'il avait l'intention de s'y livrer. Il nie que ces attouchements étaient non souhaités. Il soulève donc la question du consentement en tant qu'élément de l'*actus reus* : *Ewanchuk*, précité, par. 27. Faut-il croire l'intimé lorsqu'il sou-

116

117

118

119

he has a demonstrated situation-specific propensity to proceed regardless, indeed to derive heightened pleasure from being rejected and forcing sex on his sex partner? If so, was it manifested in this case?

120 If the jury could legitimately infer sexual intransigence in closely comparable circumstances from the respondent's past behaviour and refusal to take his wife's no for an answer, the present complainant's testimony that intercourse occurred despite her lack of consent gains in credibility. The issue broadly framed is credibility, but more accurately and precisely framed, the "issue in question" in this trial was the consent component of the *actus reus* and in relation to that issue the respondent's alleged propensity to refuse to take no for an answer.

(c) *Similarities and Dissimilarities Between the Facts Charged and the Similar Fact Evidence*

121 I propose to assess the evidence in light of the relevant "connecting factors" listed above at para. 82. I repeat that not every factor is useful in every case, and that cogency also depends on the other evidence.

(i) Proximity in Time of the Similar Acts

122 Lapse of time opens up a greater possibility of character reform or "maturing out" personality change, and would tend to undermine the premise of continuity of character or disposition. Remoteness in time may also affect relevance and reliability. The charge against the respondent relates to December 6, 1996. The ex-wife's seven alleged incidents occurred between March 1990 and October 1996, interrupted by the respondent's incarceration from 1992 to 1995. The evidence of the respondent's inability to take no for an answer gains cogency both from its repetition over many

tient qu'il n'y jamais eu retrait de consentement ou encore la poursuite a-t-elle raison d'affirmer que, dans une situation particulière, il a démontré une propension à agir sans se soucier de quoi que ce soit, voir même à éprouver un plaisir accru à être repoussé et à forcer sa partenaire sexuelle à faire l'amour avec lui? Dans l'affirmative, cela s'est-il manifesté en l'espèce?

Si le jury pouvait légitimement inférer du comportement antérieur de l'intimé et de son refus d'accepter que son épouse lui dise non qu'il ferait montre d'intransigence sexuelle dans des circonstances très comparables, le témoignage de la plaignante suivant lequel les relations sexuelles avaient eu lieu en dépit de son non-consentement deviendrait plus crédible. La question générale est celle de la crédibilité, mais, plus exactement et précisément, la « question soulevée » dans le présent procès concernait le consentement en tant qu'élément de l'*actus reus* et, à cet égard, la propension qu'aurait l'intimé à ne pas accepter qu'on lui dise non.

c) *Similitudes et différences entre les faits reprochés et la preuve de faits similaires*

Je compte évaluer la preuve à la lumière des « facteurs de rattachement » pertinents déjà énumérés au par. 82. Je répète que tous les facteurs ne sont pas utiles dans chaque cas et que la force probante dépend également des autres éléments de preuve.

(i) Proximité temporelle des actes similaires

Plus le temps passe, plus il est possible que l'accusé se soit amélioré ou qu'il ait changé de personnalité en mûrissant, ce qui tend à miner la prémisse selon laquelle la moralité ou la prédisposition ne change pas. L'éloignement temporel peut également avoir une incidence sur la pertinence et la fiabilité. L'accusation portée contre l'intimé concerne un fait survenu le 6 décembre 1996. Les sept épisodes allégués par l'ex-épouse se sont produits entre mars 1990 et octobre 1996, avec interruption entre 1992 et 1995 due à l'incarcération de l'intimé. La force probante de la preuve que l'intimé était

years and its most recent manifestation a couple of months before the offence charged.

(ii) Extent to Which the Other Acts Are Similar in Detail to the Charged Conduct

In this case, in my view, with respect, the learned trial judge paid insufficient attention to the dissimilarities.

At least one of the incidents is largely irrelevant. Incident five involved choking, did not demonstrate sexual misconduct and was not remotely connected to the factual allegations in the charge. While the Crown can legitimately argue for the *cumulative* effect of a string of “similar” facts, I think an incident so remote from the charge could do nothing but blacken the respondent’s character in a general way. Conduct that is so dissimilar or equivocal does not raise an inference capable of overcoming the prejudice.

There are other important dissimilarities. None of the incidents described by the ex-wife began as consensual, then allegedly became non-consensual. Each of the incidents recounted by the ex-wife were bound up with the intimacy of a long-term relationship. Incident one relates to premature sex after birth of their child. Incident five arose out of expressions of jealousy by one *conjointe* to another. Incident seven followed a death in the family. The dynamic of these situations is not the same as the motel scene, although it is true that they all did lead (apart from incident five) to the respondent’s refusal to accept his ex-wife’s rejection of his sexual demands.

Incident two (where the ex-wife’s initial concern was based on being in close proximity to her sister and brother-in-law in a trailer) bears no obvious similarities, although again, the respondent’s

incapable d’accepter qu’on lui dise non augmente à la fois en raison de la répétition de la manifestation de ce comportement pendant de nombreuses années et de sa manifestation la plus récente survenue deux ou trois mois avant la perpétration de l’infraction reprochée.

(ii) La mesure dans laquelle les autres actes ressemblent dans les moindres détails à la conduite reprochée

En toute déférence, j’estime qu’en l’espèce le juge du procès n’a pas suffisamment prêté attention aux différences.

Au moins l’un des épisodes est en grande partie non pertinent. Le cinquième épisode où il est question d’étranglement n’établit pas l’existence d’une inconduite sexuelle et n’avait aucun lien éloigné avec les allégations factuelles contenues dans l’accusation. Bien que le ministère public puisse légitimement faire valoir qu’une série de faits « similaires » a un effet *cumulatif*, je suis d’avis qu’un fait aussi éloigné de l’accusation ne pourrait que ternir de manière générale la réputation de l’intimé. Une conduite aussi différente ou équivoque ne permet pas de faire une inférence susceptible de l’emporter sur le préjudice.

Il existe d’autres différences majeures. Aucun des épisodes décrits par l’ex-épouse n’a été consensuel au début, pour ensuite devenir non consensuel. Tous les épisodes relatés par l’ex-épouse étaient liés à l’intimité d’une relation de longue durée. Le premier épisode se rapporte à des relations sexuelles prématurées après la naissance de leur enfant. Le cinquième épisode a fait suite à une scène de jalousie d’une conjointe relativement à une autre femme. Le septième a suivi un décès survenu dans la famille. La dynamique de ces situations n’est pas la même que celle de l’épisode du motel, quoiqu’il soit exact que tous ces épisodes (sauf le cinquième) ont abouti au refus de l’intimé d’accepter que son ex-épouse rejette ses avances sexuelles.

Le deuxième épisode (au cours duquel l’inquiétude initiale de l’ex-épouse découlait du fait qu’ils étaient très près de sa sœur et de son beau-frère dans la maison mobile) ne présente aucune similitude

123

124

125

126

aggression seemed to be heightened by his ex-wife's resistance.

127 It should be repeated that the search for similarities is a question of degree (*Boardman, supra*, at p. 442, *per* Lord Wilberforce). Sexual activity may not show much diversity or distinctiveness. Not every dissimilarity is fatal, but for the reasons already mentioned, substantial dissimilarities may dilute probative strength and, by compounding the confusion and distraction, aggravate the prejudice.

(iii) Number of Occurrences of the Similar Acts

128 An alleged pattern of conduct may gain strength in the number of instances that compose it. The cogency of the similar act evidence in the "brides in the bathtub" case undoubtedly gathered strength from the fact the charge related to the third victim who had died under identical circumstances to her two predecessors: *R. v. Smith* (1915), 84 L.J.K.B. 2153 (C.C.A.). The ex-wife's evidence here, if believed, established a pattern over many years that the jury might think showed that the respondent's pleasure in not taking no for an answer in sexual encounters was a predictable characteristic of general application.

(iv) Circumstances Surrounding or Relating to the Similar Acts

129 Perhaps the most important dissimilarity, as Charron J.A. points out, lies not in the acts themselves but in the broader context. The "similar fact" evidence occurred in the course of a long-term dysfunctional marriage whereas the charge relates to a one-night stand following a chance meeting of casual acquaintances in a bar.

130 The ex-wife admitted in her testimony that, as one would expect, there were numerous periods of consensual sex during their relationship. They

évidente, quoique, là encore, l'agression de l'intimé a semblé être intensifiée par la résistance de son ex-épouse.

Il y a lieu de réitérer que la recherche de similitudes est une question de degré (*Boardman*, précité, p. 442, lord Wilberforce). Il se peut que l'activité sexuelle ne démontre pas beaucoup de diversité ou de caractère distinct. Ce ne sont pas toutes les différences qui sont fatales, mais pour les motifs déjà mentionnés, des différences majeures peuvent atténuer la force probante et, en accentuant la confusion et le détournement d'attention du jury, aggraver le préjudice susceptible d'être causé.

(iii) La fréquence des actes similaires

La force probante d'une allégation de mode de comportement peut s'accroître en raison du nombre de cas où ce comportement a été adopté. La force probante de la preuve de faits similaires produite dans l'affaire des [TRADUCTION] « jeunes mariés dans la baignoire » a sûrement augmenté du fait que l'accusation avait trait à une troisième victime décédée dans des circonstances identiques à celles des deux premières : *R. c. Smith* (1915), 84 L.J.K.B. 2153 (C.C.A.). En l'espèce, le témoignage de l'ex-épouse, si on y ajoutait foi, établissait une tendance échelonnée sur de nombreuses années, qui, aux yeux du jury, pourrait démontrer que le plaisir que l'intimé éprouvait à refuser d'accepter que ses partenaires sexuelles lui disent non constituait une caractéristique prévisible d'application générale.

(iv) Les circonstances entourant les actes similaires ou s'y rapportant

Comme le souligne madame le juge Charron, la différence peut-être la plus importante réside non pas dans les actes eux-mêmes, mais plutôt dans le contexte général. La preuve de « faits similaires » émane d'un mariage dysfonctionnel de longue durée, alors que l'accusation se rapporte à une aventure d'un soir consécutive à la rencontre fortuite d'une connaissance dans un bar.

Comme il fallait s'y attendre, l'ex-épouse a admis dans son témoignage qu'il y avait eu de nombreuses périodes de rapports sexuels consensuels

produced three children. She testified that the alleged abuse did not begin until after she and the respondent were married, at which time their relationship demonstrated many complexities that have no parallel with the situation in which the complainant found herself. To what extent was the respondent's behaviour with his ex-wife an incident of a particular conjugal relationship and to what extent did it reflect a propensity to deal in a certain way with casual sex partners, including the complainant? To what extent can "common sense" be safely relied upon to answer this question? With what confidence can the necessary inferences be drawn? There is no satisfactory answer to these basic questions in this record.

(v) Any Distinctive Feature(s) Unifying the Incidents

It is not alleged that the sex acts themselves or the surrounding circumstances were highly distinctive. Cogency was said to derive from repetition rather than distinctiveness.

(vi) Intervening Events

If the similar facts were sufficient to raise the inferences suggested by the Crown, there were no "intervening events" as such to undermine their probative value. An example (not applicable here) might be evidence of supervening physical incapacity: *R. v. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at p. 219.

(d) *Strength of the Evidence that the Similar Acts Actually Occurred*

The respondent did not admit the prior misconduct, and (quite apart from the issue of collusion) a vigorous attack was made in cross-examination on the ex-wife's credibility. The evidence relating to incident six, for example, was said to be confused and contradictory. The ex-wife initially told the

pendant leur relation. Ils ont eu trois enfants. Selon son témoignage, les sévices allégués n'ont commencé qu'après son mariage avec l'intimé, à une époque où leur relation présentait alors de nombreuses difficultés qui n'ont rien de comparable avec la situation dans laquelle s'est trouvée la plaignante. Dans quelle mesure le comportement de l'intimé envers son ex-épouse faisait-il partie d'une relation conjugale particulière et dans quelle mesure ce comportement reflétait-il une propension à se comporter d'une certaine façon avec des partenaires sexuelles occasionnelles, dont la plaignante? Dans quelle mesure peut-on s'en remettre, sans risque de se tromper, au « sens commun » pour répondre à cette question? Avec quelle assurance peut-on faire les inférences requises? Le présent dossier n'apporte pas de réponse satisfaisante à ces questions fondamentales.

(v) Tout trait distinctif commun aux épisodes

On n'allègue pas que les actes sexuels eux-mêmes ou les circonstances les ayant entourés étaient très distinctifs. On a dit que la force probante résultait de la répétition plutôt que du caractère distinctif.

(vi) Les faits subséquents

Si les faits similaires étaient suffisants pour qu'on puisse faire les inférences proposées par le ministère public, il reste qu'il n'existait pas vraiment de « faits subséquents » qui en minaient la valeur probante. À titre d'exemple (non applicable en l'espèce), il aurait pu y avoir une preuve de l'existence d'une incapacité physique subséquente : *R. c. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), p. 219.

d) *La force probante de la preuve que les actes similaires ont vraiment été accomplis*

L'intimé n'a pas admis qu'il s'était mal conduit antérieurement et, lors du contre-interrogatoire, on s'est vigoureusement attaqué à la crédibilité de l'ex-épouse (indépendamment de la question de la collusion). Par exemple, la preuve relative au sixième épisode a été qualifiée d'inintelligible et

131

132

133

police that the alleged assault only involved vaginal sex. Her evidence on this incident subsequently varied. At the preliminary hearing, she testified that there was anal intercourse but did not mention vaginal intercourse. (An incomplete trial with respect to her allegations was held in April 1998 where she repeated her allegations of anal sex but, contrary to the initial testimony, did not mention vaginal sex.) At both the *voir dire* and the trial in this case, she testified that the respondent assaulted her vaginally and anally.

de contradictoire. L'ex-épouse avait initialement déclaré à la police que, lors de l'agression alléguée, il n'y avait eu que des relations sexuelles vaginales. Son témoignage relatif à cet épisode a par la suite changé. À l'enquête préliminaire, elle a prétendu qu'il y avait eu des relations anales, mais n'a pas parlé de relations vaginales. (Une instruction incomplète portant sur ces allégations a eu lieu en avril 1998; la plaignante a alors réitéré ses allégations de relations anales mais, contrairement à son témoignage initial, n'a pas parlé de relations vaginales.) Lors du voir-dire et au procès, elle a témoigné que l'intimé l'avait forcée à avoir des relations sexuelles vaginales et anales.

134 In the usual course, frailties in the evidence would be left to the trier of fact, in this case the jury. However, where admissibility is bound up with, and dependent upon, probative value, the credibility of the similar fact evidence is a factor that the trial judge, exercising his or her gatekeeper function is, in my view, entitled to take into consideration. Where the ultimate assessment of credibility was for the jury and not the judge to make, this evidence was potentially too prejudicial to be admitted unless the judge was of the view that it met the threshold of being reasonably capable of belief.

Normalement, il appartiendrait au juge des faits, en l'espèce le jury, de se prononcer sur les faiblesses de la preuve. Cependant, lorsque l'admissibilité est liée à la valeur probante et en dépend, j'estime que la crédibilité de la preuve de faits similaires constitue un facteur que le juge du procès est habilité à examiner dans l'exercice de ses fonctions de gardien. Dans un cas où, en définitive, il appartenait au jury et non au juge d'évaluer la crédibilité, une telle preuve pouvait être trop préjudiciable pour être admise, sauf si le juge était d'avis qu'elle satisfaisait au critère préliminaire selon lequel on devait pouvoir raisonnablement y ajouter foi.

135 I conclude that the similar fact evidence, if admitted, is certainly capable of raising the first inference, namely that the respondent derived pleasure from sex that was painful to his ex-wife and would not take no for an answer. The second inference (that he proceeded wilfully in *this* case knowing the complainant did not consent) is a good deal more problematic, for the reasons mentioned.

Je conclus que la preuve de faits similaires, si elle est admise, peut sûrement permettre de faire la première inférence, à savoir que l'intimé éprouvait du plaisir à infliger de la douleur à son ex-épouse lorsqu'il avait des relations sexuelles avec elle et qu'il n'acceptait qu'elle lui dise non. La deuxième inférence (selon laquelle l'accusé avait, dans la *présente* affaire, délibérément continué d'agir tout en sachant que la plaignante n'était pas consentante) pose beaucoup plus de difficultés pour les motifs susmentionnés.

136 If the proffered similar fact evidence is not properly capable of supporting the inferences sought by the Crown, the analysis generally need go no further. In this case, the issues were fully argued and I therefore go on to the next stage.

Si la preuve de faits similaires qui a été produite n'est pas vraiment susceptible d'étayer les inférences demandées par le ministère public, il n'est habituellement pas nécessaire de pousser l'analyse plus loin. En l'espèce, les questions en litige ont été complètement débattues et je passe donc à la prochaine étape.

(2) Assessment of the Prejudice

The principal wellsprings of prejudice flowing from propensity evidence were described above in outlining its presumptive exclusion, and there is no need to repeat those worries here.

The poisonous potential of similar fact evidence cannot be doubted. Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 11.173, refer to the observations of an English barrister who has written of that jurisdiction:

Similar fact evidence poses enormous problems for Judges, jurors and magistrates alike. The reason for this is the headlong conflict between probative force and prejudicial effect. Often, in the Crown Court, it is as close as a Judge comes to singlehandedly deciding the outcome of a case. [Emphasis added.]

(G. Durston, “Similar Fact Evidence: A Guide for the Perplexed in the Light of Recent Cases” (1996), 160 *Justice of the Peace & Local Government Law* 359, at p. 359)

Canadian trial lawyers take the same view.

(a) *Moral Prejudice*

It is frequently mentioned that “prejudice” in this context is not the risk of conviction. It is, more properly, the risk of an unfocussed trial and a *wrongful* conviction. The forbidden chain of reasoning is to infer guilt from *general* disposition or propensity. The evidence, if believed, shows that an accused has discreditable tendencies. In the end, the verdict may be based on prejudice rather than proof, thereby undermining the presumption of innocence enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The inflammatory nature of the ex-wife’s evidence in this case cannot be doubted. It is, to the extent these things can be ranked, more reprehensible than the actual charge before the court. The jury would likely be more appalled by the pattern of domestic sexual abuse than by the alleged misconduct of an inebriated lout in a motel room on an isolated occasion. It may be noted that s. 718.2 of

(2) L’évaluation du préjudice

J’ai décrit plus haut les principales sources de préjudice découlant d’une preuve de propension en exposant l’exclusion dont elle est présumée faire l’objet, et il n’est pas nécessaire d’y revenir ici.

On ne saurait douter que la preuve de faits similaires peut avoir des effets pernicieux. Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, § 11.173, mentionnent les observations d’un avocat anglais qui a écrit ceci au sujet de la situation qui prévaut en Angleterre :

[TRADUCTION] La preuve de faits similaires pose d’énormes problèmes aux juges, aux jurés et aux magistrats également. Ces problèmes s’expliquent par le conflit direct entre la force probante et l’effet préjudiciable. Souvent, à la Crown Court, c’est là que le juge vient le plus près de trancher l’affaire à lui seul. [Je souligne.]

(G. Durston, « Similar Fact Evidence : A Guide for the Perplexed in the Light of Recent Cases » (1996), 160 *Justice of the Peace & Local Government Law* 359, p. 359)

Au Canada, les plaideurs partagent cet avis.

a) *Préjudice moral*

On mentionne souvent que le « préjudice » dans ce contexte n’est pas le risque de déclaration de culpabilité. Le préjudice réside davantage dans le risque de procès diffus et de déclaration de culpabilité *injustifiée*. Le raisonnement interdit est l’inférence de culpabilité à partir d’une prédisposition ou propension *générale*. La preuve, si on y ajoute foi, démontre que l’accusé a des tendances déshonorantes. En définitive, le verdict peut être fondé sur un préjudice plutôt que sur une preuve, compromettant ainsi la présomption d’innocence consacrée à l’art. 7 et à l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

On ne saurait douter, en l’espèce, du caractère incendiaire du témoignage de l’ex-épouse. Dans la mesure où ces choses peuvent être situées dans une échelle des valeurs, ce témoignage est plus répréhensible que l’accusation dont est saisi le tribunal. Le jury serait plus susceptible d’être consterné par le régime d’abus sexuel conjugal que par l’inconduite alléguée d’un rustre en état d’ébriété dans une

137

138

139

140

the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, reflects society's denunciation of spousal abuse by making such abuse an aggravating factor for the purposes of sentencing.

141 Some model studies of jury behaviour have put into question the effectiveness of the trial judge's instruction as to the limited use that may be made of propensity evidence: R. L. Wissler and M. J. Saks, "On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt" (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 37, at p. 43; S. Lloyd-Bostock, "The Effects on Juries of Hearing About the Defendant's Previous Criminal Record: A Simulation Study", [2000] *Crim. L.R.* 734, at p. 742; and K. L. Pickel, "Inducing Jurors to Disregard Inadmissible Evidence: A Legal Explanation Does Not Help" (1995), 19 *Law & Hum. Behav.* 407. This is not to undermine our belief in the ability of the jury to do its job, but it underlines the poisonous nature of propensity evidence, and the need to maintain a high awareness of its potentially prejudicial effect.

142 To some extent, the prejudice could be contained by limiting the extent and nature of the ex-wife's evidence, even if some of it were admitted, by a process analogous to that followed in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, with respect to criminal convictions. That approach was adopted here only to the limited extent that the fact of the respondent's jail time for two sexual assaults on other parties was suppressed by agreement of counsel.

143 I conclude that this evidence has a serious potential for moral prejudice.

(b) *Reasoning Prejudice*

144 The major issue here is the distraction of members of the jury from their proper focus on the charge itself aggravated by the consumption of time in dealing with allegations of multiple incidents involving

chambre de motel lors d'un fait isolé. On peut préciser que l'art. 718.2 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, reflète la réprobation de la violence conjugale par la société, du fait qu'il considère cette violence comme une circonstance aggravante aux fins de détermination de la peine.

Certaines études pilotes sur le comportement du jury ont mis en doute l'efficacité des directives du juge du procès concernant l'utilisation limitée qui peut être faite de la preuve de propension : R. L. Wissler et M. J. Saks, « On the Inefficacy of Limiting Instructions : When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt » (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 37, p. 43; S. Lloyd-Bostock, « The Effects on Juries of Hearing About the Defendant's Previous Criminal Record : A Simulation Study », [2000] *Crim. L.R.* 734, p. 742; K. L. Pickel, « Inducing Jurors to Disregard Inadmissible Evidence : A Legal Explanation Does Not Help » (1995), 19 *Law & Hum. Behav.* 407. Cela ne doit pas miner la confiance que nous avons dans la capacité du jury de faire son travail, mais cela fait ressortir le caractère pernicieux de la preuve de propension et la nécessité d'être très conscient de l'effet préjudiciable qu'elle peut avoir.

On pourrait, dans une certaine mesure, circonscrire le préjudice en restreignant l'étendue et la nature du témoignage de l'ex-épouse, même si une partie de cette preuve était admise, grâce à une procédure analogue à celle suivie dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, relativement aux déclarations de culpabilité criminelles. En l'espèce, on a adopté cette approche seulement dans la mesure où, avec le consentement des avocats, on a supprimé de la preuve le fait que l'intimé avait été incarcéré pour avoir commis deux agressions sexuelles contre d'autres personnes.

Je conclus que cette preuve risque sérieusement de causer un préjudice moral.

b) *Préjudice par raisonnement*

La principale question en litige ici est le fait d'empêcher les membres du jury de bien se concentrer sur l'accusation elle-même, aggravé par le temps passé à examiner des allégations de multiples

two victims in divergent circumstances rather than the single offence charged.

Distraction can take different forms. In *R. v. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), McLachlin J.A. (as she then was) observed at p. 399 that the similar facts may induce

in the minds of the jury sentiments of revulsion and condemnation which might well deflect them from the rational, dispassionate analysis upon which the criminal process should rest.

Further, there is a risk, evident in this case, that where the “similar facts” are denied by the accused, the court will be caught in a conflict between seeking to admit what appears to be cogent evidence bearing on a material issue and the need to avoid unfairness to the right of the accused to respond. The accused has a limited opportunity to respond. Logistical problems may be compounded by the lapse of time, surprise, and the collateral issue rule, which will prevent (in the interest of effective use of court resources) trials within trials on the similar facts. Nor is the accused allowed to counter evidence of discreditable conduct with similar fact evidence in support of his or her credibility (as discussed in *Sopinka, Lederman and Bryant*, *supra*, at § 11.74). Thus the practical realities of the trial process reinforce the prejudice inherent in the poisonous nature of the propensity evidence itself.

In my view, the evidence of the ex-wife had the potential to create, in addition to moral prejudice, significant reasoning prejudice at the respondent’s trial.

(3) Weighing Up Probative Value Versus Prejudice

One of the difficulties, as McHugh J. pointed out in *Pfennig*, *supra*, at p. 147, is the absence of a common basis of measurement: “The probative

épisodes impliquant deux victimes dans des circonstances différentes, plutôt que la seule infraction reprochée.

Le détournement d’attention du jury peut revêtir différentes formes. Dans l’arrêt *R. c. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), p. 399, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef de notre Cour) a fait remarquer que la preuve de faits similaires peut éveiller

[TRADUCTION] dans l’esprit des jurés des sentiments de répugnance et de réprobation qui risqueraient bien de les détourner de l’analyse rationnelle et objective sur laquelle devrait reposer le processus criminel.

De plus, il y a le risque manifeste en l’espèce que, dans l’éventualité où l’accusé nierait les « faits similaires », le tribunal soit partagé entre la décision de faire droit à une demande d’admission entre ce qui paraît être une preuve convaincante ayant une incidence sur une question importante et la nécessité d’éviter de faire montre d’iniquité relativement au droit de réponse de l’accusé. Ce dernier a une possibilité restreinte de répondre. Des problèmes logistiques peuvent être aggravés par l’écoulement du temps, la surprise et la règle des questions incidentes qui empêcheront (au nom de l’utilisation efficace des ressources judiciaires) que la preuve de faits similaires fasse l’objet d’un procès à l’intérieur d’un procès. L’accusé n’est pas non plus autorisé à riposter à une preuve de conduite déshonorante par une preuve de faits similaires destinée à étayer sa crédibilité (comme l’ont évoqué *Sopinka, Lederman et Bryant*, *op. cit.*, §11.74). Par conséquent, les réalités concrètes du procès renforcent l’existence d’un préjudice propre au caractère pernicieux de la preuve de propension elle-même.

À mon avis, le témoignage de l’ex-épouse était susceptible d’engendrer, en plus d’un préjudice moral, un grave préjudice par raisonnement lors du procès de l’intimé.

(3) L’appréciation de la valeur probante en fonction du préjudice

Comme l’a souligné le juge McHugh dans l’arrêt *Pfennig*, précité, p. 147, l’une des difficultés résulte de l’absence de commune mesure : [TRADUCTION]

145

146

147

148

value of the evidence goes to proof of an issue, the prejudicial effect to the fairness of the trial.” The two variables do not operate on the same plane.

149

As probative value advances, prejudice does not necessarily recede. On the contrary, the two weighing pans on the scales of justice may rise and fall together. Nevertheless, probative value and prejudice pull in opposite directions on the admissibility issue and their conflicting demands must be resolved.

150

In *Director of Public Prosecutions v. P.*, [1991] 2 A.C. 447 (H.L.), at p. 460, Lord Mackay suggested that similar fact evidence should be admitted when its probative value is “sufficiently great to make it just to admit the evidence”, notwithstanding its prejudicial value. Lord Wilberforce in *Boardman*, at p. 442, also referred to “the interests of justice”. See also *Pfennig*, *supra*, at pp. 147-48. Justice is achieved when relevant evidence whose prejudice outweighs any probative value is excluded (*R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 246) and where evidence whose probative value exceeds its prejudice (albeit an exceptional circumstance) is admitted. Justice includes society’s interest in getting to the truth of the charges as well as the interest of both society and the accused in a fair process. A criminal justice system that has suffered some serious wrongful convictions in part because of misconceived notions of character and propensity should not (and does not) take lightly the dangers of misapplied propensity evidence.

151

In this case, the similar fact evidence was *prima facie* inadmissible and I agree with Charron J.A. that the Crown did not discharge the onus of establishing on a balance of probabilities that its probative value outweighed its undoubted prejudice. The probative value of the evidence, especially with respect to potential collusion, was not properly evaluated. The potential of such evidence for distraction and

« La valeur probante a trait à la preuve d’une question; l’effet préjudiciable concerne l’équité du procès. » Ces deux variables ne jouent pas sur le même plan.

Le préjudice ne diminue pas nécessairement au fur et à mesure que la valeur probante augmente. Au contraire, les deux plateaux de la balance de la justice peuvent monter et descendre ensemble. Néanmoins, la valeur probante et le préjudice font bouger la balance dans des directions opposées en ce qui concerne la question de l’admissibilité et il est nécessaire de régler leurs exigences contradictoires.

Dans l’arrêt *Director of Public Prosecutions c. P.*, [1991] 2 A.C. 447 (H.L.), p. 460, lord Mackay a indiqué qu’il y a lieu d’admettre la preuve de faits similaires lorsque sa valeur probante est [TRADUCTION] « assez importante pour justifier son admission », nonobstant son effet préjudiciable. Dans l’arrêt *Boardman*, précité, p. 442, lord Wilberforce a également parlé des [TRADUCTION] « intérêts de la justice ». Voir aussi *Pfennig*, précité, p. 147-148. Justice est rendue lorsqu’on écarte une preuve pertinente dont l’effet préjudiciable l’emporte sur sa valeur probante (*R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, p. 246), et lorsqu’on admet une preuve dont la valeur probante est plus grande que son effet préjudiciable (quoique ce soit là l’exception). La justice inclut l’intérêt de la société dans la découverte de la véracité des accusations ainsi que l’intérêt de la société et de l’accusé dans l’équité procédurale. Un système de justice criminelle dans lequel des déclarations de culpabilité injustifiées ont été prononcées notamment en raison de notions erronées de moralité et de propension ne devrait pas (et ne doit pas) prendre à la légère le risque qu’une preuve de propension soit mal utilisée.

En l’espèce, la preuve de faits similaires était inadmissible à première vue et je conviens avec madame le juge Charron que le ministère public ne s’est pas acquitté du fardeau qui lui incombait d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de cette preuve l’emportait sur son effet préjudiciable manifeste. La valeur probante de la preuve, particulièrement en ce qui a trait à la

prejudice was understated. The threshold for admission of this sort of evidence was set too low.

Consent, or the lack of it, and the complainant's credibility in relation thereto, was *the* crucial issue at the trial. It can hardly be doubted that the jury, listening to the ex-wife's evidence, would form a very low opinion of the respondent as an individual who behaved abominably towards his wife, and be readier on that account to believe the worst of him in his conduct towards the complainant. This is precisely the sort of general disposition reasoning (moral prejudice) that the similar fact exclusion rule was designed to prevent.

G. *Review of the Trial Judge's Decision*

A trial judge has no discretion to admit similar fact evidence whose prejudicial effect outweighs its probative value. Nevertheless, a trial judge's decision to admit similar fact evidence is entitled to substantial deference: *B. (C.R.)*, *supra*, at p. 739; and *Arp*, *supra*, at para. 42. In this case, however, quite apart from the other frailties of the similar fact evidence previously discussed, the trial judge's refusal to resolve the issue of collusion as a condition precedent to admissibility was an error of law. A new trial is required.

IV. Conclusion

The Crown's appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

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

Solicitors for the respondent: Richard N. Stern and David E. Harris, Toronto.

possibilité de collusion, n'a pas été appréciée correctement. On a sous-estimé le risque de préjudice et de détournement d'attention du jury que présentait cette preuve. Le critère préliminaire applicable à l'admission de ce type de preuve n'était pas assez strict.

Au procès, *la* question cruciale touchait le consentement, ou l'absence de consentement, et la crédibilité de la plaignante à cet égard. On ne saurait guère douter qu'en écoutant le témoignage de l'ex-épouse le jury s'est formé une très mauvaise opinion de l'intimé en tant qu'individu qui se comportait de manière odieuse avec son épouse, et qu'il était de ce fait plus disposé à se faire la pire opinion de lui en raison de son comportement envers la plaignante. C'est précisément ce genre de raisonnement fondé sur une prédisposition générale (le préjudice moral) que vise à empêcher la règle d'exclusion de la preuve de faits similaires.

G. *Examen de la décision du juge du procès*

Le juge du procès n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'admettre une preuve de faits similaires dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante. Néanmoins, il faut accorder un respect considérable à la décision du juge du procès d'admettre une preuve de faits similaires : *B. (C.R.)*, précité, p. 739, et *Arp*, précité, par. 42. En l'espèce, toutefois, hormis les autres faiblesses de la preuve de faits similaires analysées plus haut, le juge du procès a commis une erreur de droit en refusant de trancher la question de la collusion en tant que condition préalable d'admissibilité. Un nouveau procès s'impose.

IV. Conclusion

Le pourvoi formé par le ministère public est rejeté.

Pourvoi rejeté.

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

Procureurs de l'intimé : Richard N. Stern et David E. Harris, Toronto.

152

153

154