

Darryl Ward Smith *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1978: 28 novembre; 1978: 5 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR
SUPRÊME DE L'ALBERTA

Droit criminel — Accusation de viol — Acquittement — Refus du juge du procès d'instruire le jury sur les infractions incluses — Pénétration et consentement en litige — Division d'appel fondée à ordonner un nouveau procès sur les accusations de tentative de viol et d'attentat à la pudeur.

Jurisprudence: distinction faite avec les arrêts: *Wright c. Le Roi*, [1945] R.C.S. 319; *Regina c. Wright*, [1971] 3 O.R. 424; *Regina v. Touhey* (1960), 45 Cr. App. R. 23.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta¹ qui a accueilli un appel interjeté par le ministère public d'un verdict d'acquiescement de l'appelant sur une accusation de viol et ordonné un nouveau procès pour les infractions de tentative de viol et d'attentat à la pudeur. Pourvoi rejeté.

Alain Hepner, pour l'appelant.

Paul S. Chrumka, c.r., pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—L'accusé a subi un procès pour viol et a été acquitté. L'exposé du juge du procès au jury relativement à cette infraction est irréprochable. Mais, bien que le substitut lui en ait fait la demande, il a refusé de donner des instructions au jury sur les infractions incluses de tentative de viol et d'attentat à la pudeur. Après s'être retirés pendant environ une heure et demie, les jurés sont revenus poser la question suivante:

[TRADUCTION] Le ministère public a laissé entendre que l'accusé pouvait être coupable ou non coupable de viol, de tentative de viol ou d'attentat à la pudeur. Quelles options, s'il en est, avons-nous?

¹ (1977), 8 A.R. 5.

Le juge du procès leur a répété ce qu'il avait déjà dit aux avocats, après le départ des jurés, c'est-à-dire qu'il s'agissait d'un cas de viol et rien d'autre.

Le ministère public a interjeté appel au motif que le juge du procès a commis une erreur de droit en refusant de donner au jury des instructions sur les infractions incluses et demandé l'annulation de l'acquittement et la tenue d'un nouveau procès. La Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a conclu qu'il devait y avoir un nouveau procès limité aux infractions de tentative de viol et d'attentat à la pudeur. Le ministère public s'est adressé à cette Cour pour obtenir l'autorisation d'interjeter appel de l'acquittement sur l'accusation de viol, ce qui lui fut refusé. Le présent pourvoi porte donc uniquement sur la question de savoir si la Division d'appel a ordonné à bon droit la tenue d'un nouveau procès relativement aux accusations de tentative de viol et d'attentat à la pudeur.

Il est admis que deux questions étaient soumises au jury relativement à l'accusation de viol. La première était de savoir s'il y avait eu des rapports sexuels, c'est-à-dire s'il y avait eu pénétration, et la deuxième, s'il y avait eu consentement. Le juge du procès a beaucoup insisté sur la question du consentement comme si cet élément déterminait qu'il s'agissait d'un cas de viol et rien d'autre. Il est clair cependant que le jury pouvait décider qu'il n'y avait pas eu de viol pour la seule raison que la preuve n'établissait pas au-delà de tout doute raisonnable qu'il y avait eu des rapports sexuels. L'absence de preuve de rapports sexuels n'exclut naturellement pas les accusations de tentative de viol et d'attentat à la pudeur, mais ces dernières seront écartées si la plaignante a consenti aux avances de l'accusé.

Je ne crois pas que le juge du procès ait entière discrétion pour accepter ou refuser de donner aux jurés des instructions sur les infractions incluses. Les questions litigieuses soulevées par la preuve doivent le guider. Il peut arriver que la preuve d'un point relatif à une infraction incluse soit si ténue qu'il soit justifié de refuser de donner des instructions à ce sujet et pourtant il ne ferait pas nécessairement erreur s'il en donnait. Ce n'est pas le cas en

l'espèce. Vu le témoignage de la plaignante sur les agissements de l'accusé et la preuve de l'incapacité physique de ce dernier d'avoir des relations sexuelles sans l'entière collaboration de la plaignante et vu qu'il a nié tout rapport sexuel, la question de la pénétration et celle du consentement sont toutes deux en litige. Par son verdict, le jury aurait pu conclure qu'il n'y a eu ni pénétration ni consentement, mais cette conclusion n'exclut pas nécessairement la tentative de viol ou l'attentat à la pudeur. Dans les circonstances, le juge du procès devait donner des instructions sur ces infractions incluses.

Dans l'arrêt *Wright c. Le Roi*², où le juge du procès avait également dit au jury qu'il s'agissait d'un cas de viol et rien d'autre, il appert que le seul point en litige était le consentement. C'était également le cas dans l'arrêt *Regina v. Wright*³, où après avoir cité et adopté l'arrêt de la Cour d'appel criminel anglaise, *Regina v. Touhey*⁴, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'il est erroné de laisser au jury la question de l'attentat à la pudeur lorsque la question des relations sexuelles n'est pas en litige. Le juge Aylesworth a souligné que si le moment, le lieu et les autres circonstances entourant un attentat à la pudeur allégué sont suffisamment distincts du moment, du lieu et des circonstances entourant un viol allégué, l'attentat à la pudeur doit faire l'objet d'un chef d'accusation distinct dans l'acte d'accusation mais que, sans cela, il ne peut être question d'infraction incluse lorsque la pénétration est admise.

Ces affaires se distinguent de la présente, où il fallait donner les instructions demandées par le ministère public. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appel rejeté.

Procureurs de l'appelant: Harradence, Moore, Calgary.

Procureur de l'intimée: P. S. Chrumka, Calgary.

² [1945] R.C.S. 319.

³ [1971] 3 O.R. 424.

⁴ (1960), 45 Cr. App. R. 23.