

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**E.M.W.** *Respondent***INDEXED AS: R. v. E.M.W.****2011 SCC 31**

File No.: 33930.

2011: May 20; 2011: June 17.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Reasonable verdict — Jurisdiction of a court of appeal to consider whether there was a miscarriage of justice — Whether there was a miscarriage of justice.*

E.M.W. was convicted of sexual assault. A majority of the Court of Appeal allowed an appeal and ordered a new trial. It held that the trial judge had improperly used pre-trial statements by the complainant in ways that assisted the Crown's case, and that Crown counsel's questioning and conduct had rendered the trial unfair.

*Held* (Fish J. dissenting): The appeal should be allowed and the respondent's conviction should be restored.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Cromwell JJ.: A failure to raise miscarriage of justice as a distinct ground in a Notice of Appeal does not deprive a court of appeal of jurisdiction to consider whether there was a miscarriage of justice. The shortcomings in the trial did not result in a miscarriage of justice. The trial judge's reasons do not support an inference that the complainant's pre-trial statements were used improperly. Crown counsel did not ask impermissible leading questions. Crown counsel's conduct did not affect the trial judge's appreciation of the evidence or render the proceedings unfair.

*Per* Fish J. (dissenting): The trial was unsatisfactory. Crown counsel's cross-examination was inappropriate

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**E.M.W.** *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. E.M.W.****2011 CSC 31**

N° du greffe : 33930.

2011 : 20 mai; 2011 : 17 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Cromwell.

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

*Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Verdict raisonnable — Pouvoir d'un tribunal d'appel d'examiner s'il y a eu erreur judiciaire — Y a-t-il eu erreur judiciaire?*

E.M.W. a été déclaré coupable d'agression sexuelle. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. Elle a conclu que le juge de première instance avait utilisé irrégulièrement des déclarations faites par la plaignante avant le procès de certaines façons assistant la thèse de Couronne, et que les questions et le comportement du procureur de la Couronne avaient rendu le procès inéquitable.

*Arrêt* (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité prononcée contre l'intimé est rétablie.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Cromwell : L'omission de mentionner l'erreur judiciaire comme moyen d'appel distinct dans l'avis d'appel ne prive pas un tribunal d'appel du pouvoir d'examiner s'il y a eu erreur judiciaire. Les défauts du procès n'ont pas entraîné d'erreur judiciaire. Les motifs exposés par le juge du procès n'étaient pas l'inférence que les déclarations faites par la plaignante avant le procès ont été utilisées irrégulièrement. Le procureur de la Couronne n'a pas posé de questions suggestives inadmissibles. Le comportement de ce dernier n'a pas compromis l'appréciation de la preuve par le juge de première instance ou rendu l'instance inéquitable.

*Le* juge Fish (dissident) : Le procès s'est déroulé de manière insatisfaisante. Le contre-interrogatoire du

and prejudicial. Defence counsel did not attenuate the prejudicial effect of Crown counsel's cross-examination. Nor did the trial judge's detailed and thoughtful reasons set things right.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 693(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Fichaud, Beveridge and Farrar J.J.A.), 2010 NSCA 73, 295 N.S.R. (2d) 141, 263 C.C.C. (3d) 136, 935 A.P.R. 141, [2010] N.S.J. No. 515 (QL), 2010 CarswellNS 650, setting aside the accused's conviction for sexual assault entered by Campbell Prov. Ct. J., 2009 NSPC 33, [2009] N.S.J. No. 329 (QL), 2009 CarswellNS 396, and ordering a new trial. Appeal allowed, Fish J. dissenting.

*James A. Gumpert, Q.C.*, and *Mark A. Scott*, for the appellant.

*Donald C. Murray, Q.C.*, and *Roger A. Burrill*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Cromwell J.J. was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — This is an appeal as of right pursuant to s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. For the reasons that follow, we would allow the appeal and affirm the conviction of E.M.W.

[2] After a trial before judge alone, E.M.W. was convicted of sexual assault of his daughter, who at the trial was 12 years old (2009 NSPC 33 (CanLII)). A majority of the Court of Appeal (Beveridge and Farrar J.J.A.) allowed E.M.W.'s appeal from conviction and ordered a new trial, on the ground of miscarriage of justice (2010 NSCA 73, 295 N.S.R. (2d) 141). Fichaud J.A. dissented, on the view that the grounds relied on by the majority were not raised in

procureur de la Couronne a été inopportun et préjudiciable. L'avocat de la défense n'a pas atténué l'effet préjudiciable du contre-interrogatoire du procureur de la Couronne. Les motifs détaillés et mûrement réfléchis du juge de première instance n'ont pas remédié au caractère insatisfaisant du procès.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 693(1)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Fichaud, Beveridge et Farrar), 2010 NSCA 73, 295 N.S.R. (2d) 141, 263 C.C.C. (3d) 136, 935 A.P.R. 141, [2010] N.S.J. No. 515 (QL), 2010 CarswellNS 650, qui a annulé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle inscrite contre l'accusé par le juge Campbell, 2009 NSPC 33, [2009] N.S.J. No. 329 (QL), 2009 CarswellNS 396, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident.

*James A. Gumpert, c.r.*, et *Mark A. Scott*, pour l'appelante.

*Donald C. Murray, c.r.*, et *Roger A. Burrill*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Il s'agit en l'espèce d'un appel interjeté de plein droit en vertu de l'al. 693(1)(a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis d'accueillir cet appel et de confirmer la déclaration de culpabilité prononcée contre E.M.W.

[2] Au terme d'un procès devant juge seul, E.M.W. a été déclaré coupable d'avoir agressé sexuellement sa fille, qui était âgée de 12 ans au moment du procès (2009 NSPC 33 (CanLII)). La Cour d'appel, à la majorité (les juges Beveridge et Farrar), a accueilli l'appel de E.M.W. contre la déclaration de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour cause d'erreur judiciaire (2010 NSCA 73, 295 N.S.R. (2d) 141). Le juge Fichaud a exprimé

the Notice of Appeal, and that in any event, a miscarriage of justice was not established.

[3] In this Court, three points were argued.

Jurisdiction to Consider the Issue of Miscarriage of Justice

[4] The first question is whether the majority of the Court of Appeal erred in allowing the appeal, given that the issues of miscarriage of justice and admissibility of the evidence were not raised in the Notice of Appeal. We agree with the respondent that the failure to expressly raise miscarriage of justice as a distinct ground of appeal does not deprive a court of appeal of jurisdiction to consider that issue. A potential miscarriage of justice is always something a court must be able to consider. However, the fact remains that the rules require that the grounds that the appellant relies on be set out. This ensures that the opposite party has notice of what will be raised. More broadly, it ensures that the court receives full submissions on all the issues that will be raised. Where additional grounds come to light after filing, good practice requires that the grounds be amended. If the court wishes to explore an issue that has not been raised, it may be necessary to grant an adjournment to ensure a full and fair hearing.

[5] The respondent argues that despite the economy of the Notice of Appeal, the appeal hearing was full and fair. We need not linger over this question. Suffice to say that the Court of Appeal had jurisdiction to hear submissions on whether there had been a miscarriage of justice, and the issues were fully canvassed before this Court, whatever may have been the case below.

sa dissidence, concluant que les moyens invoqués par la majorité n'avaient pas été soulevés dans l'avis d'appel et que, quoi qu'il en soit, aucune erreur judiciaire n'avait été établie.

[3] Trois arguments ont été plaidés devant notre Cour.

Compétence pour examiner la question de l'erreur judiciaire

[4] La première question consiste à se demander si, étant donné que les moyens fondés sur l'erreur judiciaire et l'admissibilité de la preuve n'ont pas été soulevés dans l'avis d'appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont fait erreur en accueillant le pourvoi. À l'instar de l'intimé, nous sommes d'avis que l'omission par un appelant d'invoquer expressément l'erreur judiciaire comme moyen d'appel distinct ne prive pas un tribunal d'appel du pouvoir d'examiner cette question. La possibilité qu'une erreur judiciaire ait été commise est une question qu'un tribunal doit toujours avoir la faculté d'examiner. Toutefois, le fait est que les règles exigent que les moyens qu'invoque l'appelant soient énoncés. Cette mesure permet en effet à l'autre partie d'être avisée des points qui seront soulevés. De manière plus générale, elle permet au tribunal de recevoir des observations complètes sur tous ces points. Lorsque des moyens additionnels apparaissent après le dépôt de l'avis, la pratique normale requiert que cet avis soit modifié en conséquence. Si le tribunal désire examiner une question qui n'a pas été soulevée, il pourrait devoir accorder un ajournement afin d'assurer une audition complète et équitable de la cause.

[5] L'intimé prétend que, malgré le caractère restreint de l'avis d'appel donné en l'espèce, l'appel a fait l'objet d'une audience complète et équitable. Nous n'avons pas besoin de nous attarder sur cette question. Qu'il suffise de dire que la Cour d'appel avait compétence pour entendre les arguments sur la question de savoir s'il y avait eu erreur judiciaire, et que les questions litigieuses ont été pleinement débattues devant notre Cour, indépendamment de ce qui s'est passé devant la juridiction inférieure.

### Improper Use of Prior Statements

[6] The complainant had made statements to a friend and to the police on the matter, before testifying at the trial. The majority of the Court of Appeal was of the view that these statements had been improperly used or alluded to, in ways that bolstered the evidence of the complainant or otherwise assisted the Crown.

[7] In our view, the majority of the Court of Appeal was wrong to seize on the trial judge's reference to the content of the complainant's disclosures to show that he had improperly used the evidence about these disclosures. The trial judge's careful and thorough reasons when read as a whole in light of the trial record do not support the inference drawn by the majority of the Court of Appeal.

### Did the Conduct of the Trial Constitute a Miscarriage of Justice?

[8] This trial was far from perfect. At times, questions were asked or statements made that were tasteless, indeed unsavoury. Crown counsel's soliloquizing on personal matters was unnecessary. However, we are not satisfied that these defects, however unfortunate, affected the trial judge's appreciation of the evidence or rendered the proceedings unfair, so as to give rise to a miscarriage of justice.

[9] We do not agree with the majority of the Court of Appeal that Crown counsel asked impermissible leading questions of the complainant. Leading questions are questions that suggest an answer or assume a state of facts that is in dispute. Here the questions put by Crown counsel to the complainant in examination-in-chief did not cross this threshold. Crown counsel, in meeting the challenge of a child reluctant to respond, asked binary questions that gave her a choice between alternatives. They did not, however, suggest an answer. The main components of the offence were elicited from the complainant by non-leading questions. We are not

### Utilisation irrégulière des déclarations antérieures

[6] Avant de témoigner au procès, la plaignante avait fait des déclarations sur l'affaire à une amie et à la police. Les juges majoritaires de la Cour d'appel étaient d'avis que ces déclarations avaient été utilisées ou évoquées irrégulièrement, de certaines façons ayant eu pour effet de renforcer le témoignage de la plaignante ou d'assister la Couronne.

[7] Selon nous, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort de s'attacher à la mention par le juge de première instance du contenu des confidences de la plaignante pour démontrer que ce dernier avait incorrectement utilisé la preuve relative à ces confidences. Considérés globalement, à la lumière du dossier de première instance, les motifs soignés et exhaustifs exposés par le juge du procès n'étaient pas l'inférence tirée par les juges majoritaires de la Cour d'appel.

### La conduite du procès constitue-t-elle une erreur judiciaire?

[8] Ce procès fut loin d'être parfait. Il a donné lieu, à certains moments, à des questions et à des déclarations de mauvais goût, voire choquantes. Le procureur de la Couronne s'est livré à des monologues inutiles sur des questions de nature personnelle. Toutefois, nous ne sommes pas convaincus que ces diverses lacunes — bien que regrettables — ont compromis l'appréciation de la preuve par le juge de première instance ou rendu l'instance inéquitable au point d'entraîner une erreur judiciaire.

[9] Nous ne pouvons souscrire à la conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel que le procureur de la Couronne a posé à la plaignante des questions suggestives inadmissibles. Une question suggestive est une question qui suggère une réponse ou présume un état de fait qui est par ailleurs contesté. En l'espèce, les questions du procureur de la Couronne à la plaignante lors de l'interrogatoire principal n'ont pas franchi ce seuil. En présence d'une enfant réticente à répondre, le procureur a posé à celle-ci des questions à caractère binaire, qui lui laissaient le choix entre deux réponses. Ces questions ne suggéraient toutefois pas une réponse

satisfied that her evidence, viewed as a whole, was improperly obtained by leading questions.

[10] We do not find it necessary to go into detail on the other allegations of failings in the trial. The trial judge's reasons show that he was alive to the concerns raised by inappropriate aspects of the trial, and took them into account in his careful and detailed reasons. The shortcomings of the trial therefore did not, in this case, result in a miscarriage of justice.

#### Conclusion

[11] We would allow the appeal and restore the conviction.

The following are the reasons delivered by

[12] FISH J. (dissenting) — With respect for those who are of a different view, I have concluded that the respondent's trial was unsatisfactory — notably because of the inappropriate and prejudicial cross-examinations of the respondent and N.L., the complainant's grandmother, who was an important defence witness. The failure of defence counsel to object hardly attenuates the prejudicial effect of the impugned cross-examinations. Nor do defence counsel's inexplicable questions regarding the respondent's refusal to submit to a polygraph test justify the Crown's persistent cross-examination suggesting that the respondent's reason for refusing to do so can only be explained by his guilt. Finally, I recognize that the trial judge delivered detailed and thoughtful reasons for concluding as he did (2009 NSPC 33 (CanLII)). In my respectful view, however, they cannot set right the unsatisfactory nature of the trial.

[13] Accordingly, without endorsing in their entirety the reasons of the majority in the Court of

précise. Les principaux éléments de l'infraction ont été obtenus de la plaignante par des questions non suggestives. Nous ne sommes pas convaincus que le témoignage de cette dernière, considéré globalement, a été obtenu irrégulièrement au moyen de questions suggestives.

[10] Nous ne considérons pas nécessaire d'examiner dans le détail les autres allégations au sujet de failles qui auraient entaché le procès. Il ressort des motifs du juge de première instance que celui-ci était sensible aux préoccupations soulevées par les aspects irréguliers du procès et qu'il en a tenu compte dans les motifs soignés et détaillés qu'il a rédigés. Les défauts du procès n'ont donc pas entraîné d'erreur judiciaire en l'espèce.

#### Conclusion

[11] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

[12] LE JUGE FISH (dissident) — Avec égards pour ceux qui sont d'avis contraire, je conclus que le procès de l'intimé s'est déroulé de manière insatisfaisante — notamment en raison des contre-interrogatoires inopportuns et préjudiciables auxquels on a soumis ce dernier et N.L., la grand-mère de la plaignante, qui était un témoin important de la défense. Le fait que l'avocat de la défense ne se soit pas opposé aux contre-interrogatoires contestés n'atténue guère leur effet préjudiciable. Les questions inexplicables de l'avocat de la défense concernant le refus de l'intimé de subir le test du détecteur de mensonges ne justifient pas non plus le contre-interrogatoire persistant de la Couronne insinuant que le refus de l'intimé de se soumettre à ce test ne pouvait s'expliquer que par sa culpabilité. Enfin, je reconnais que le juge de première instance a exposé des motifs détaillés et mûrement réfléchis à l'appui de sa conclusion (2009 NSPC 33 (CanLII)). À mon humble avis toutefois, ces motifs ne sauraient remédier au caractère insatisfaisant du procès.

[13] Par conséquent, sans pour autant faire miens tous les motifs des juges majoritaires de la Cour

Appeal (2010 NSCA 73, 295 N.S.R. (2d) 141), I agree that the respondent is entitled to a new trial and would therefore dismiss the Crown's appeal to this Court.

*Appeal allowed, FISH J. dissenting.*

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

*Solicitor for the respondent: Dartmouth Professional Centre, Dartmouth.*

d'appel (2010 NSCA 73, 295 N.S.R. (2d) 141), comme eux je suis d'avis que l'intimé a droit à un nouveau procès et je rejeterais donc le pourvoi formé par la Couronne devant notre Cour.

*Pourvoi accueilli, le juge FISH est dissident.*

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

*Procureur de l'intimé : Dartmouth Professional Centre, Dartmouth.*