

F.F.B. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. B. (F.F.)

File No.: 22811.

1992: October 5; 1993: February 25.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Highly prejudicial evidence tending to show bad character likely to commit offence — Sexual and physical abuse of minor — Evidence by brothers of violence in home — Whether evidence inadmissible as being oath-helping evidence — Whether evidence inadmissible because irrelevant to any issue other than the appellant's character or because prejudicial value outweighed probative value — If admissible, whether jury should have been given special instructions about its permissible use.

Criminal law — Curative provision allowing for verdict to stand notwithstanding error of law — Charge to jury not indicating use to which evidence could be put — Evidence highly prejudicial and tending to show bad character likely to commit offence — Whether Criminal Code's curative provision should apply — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Appellant was alleged to have sexually assaulted his niece from when she was six to eight years old through to age sixteen. The complainant had been in his care as a child during the fifties and sixties and only left her parents' household in 1964 after being discovered in the act of intercourse with her. The alleged assaults were

F.F.B. Appellant

c.

^a Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. B. (F.F.)

^b N° du greffe: 22811.

1992: 5 octobre; 1993: 25 février.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Iacobucci.

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

Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Témoignages fort préjudiciables tendant à établir qu'une personne de mauvaise moralité est susceptible de commettre une infraction — Mineure agressée sexuellement et physiquement — Témoignages des frères concernant la violence qui régnait au foyer — Ces témoignages étaient-ils inadmissibles pour le motif qu'ils constituaient une preuve justificative? — Ces témoignages étaient-ils inadmissibles pour le motif que cette preuve n'était pertinente qu'en ce qui concernait la moralité de l'appelant, ou que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante? — Si cette preuve était admissible, le jury aurait-il dû recevoir des directives particulières quant à l'utilisation qu'il pouvait en faire?

Droit criminel — Disposition réparatrice permettant de maintenir le verdict malgré l'existence d'une erreur de droit — L'exposé du juge au jury ne précisait pas l'utilisation qui pouvait être faite des témoignages — Témoignages fort préjudiciables tendant à établir qu'une personne de mauvaise moralité est susceptible de commettre une infraction — La disposition réparatrice du Code criminel devrait-elle s'appliquer? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

ⁱ L'appelant aurait commencé à agresser sexuellement sa nièce vers l'âge de six à huit ans et aurait continué de le faire jusqu'à ce qu'elle ait seize ans. Pendant les années cinquante et soixante, la plaignante avait été confiée aux soins de l'appelant qui n'a quitté la maison de ses parents qu'en 1964 après avoir été surpris en train d'avoir des rapports sexuels avec elle. Les prétendues agressions ont été rapportées à la police en 1990 et l'ap-

reported to the police in 1990 and appellant was charged with rape, assault and procuring an abortion.

During the course of the trial, the judge decided on a *voir dire* not to admit the evidence of the complainant's sister that she too had been sexually assaulted by the appellant, on the ground that it fell within the similar fact evidence rule and its prejudicial effect was not outweighed by its probative value. However, testimony of the complainant's brothers and sisters was admitted with respect to the violent control that the appellant exerted within the household. Appellant was convicted of rape and assault and was unsuccessful in his appeal to the Nova Scotia Court of Appeal. He had sought to have declared inadmissible those parts of her brothers' testimony relating to assaults by the appellant on the complainant's siblings. Given a dissenting opinion, an appeal as of right arose on this point.

At issue here was: (1) whether the evidence of the brothers was inadmissible on the ground that it was oath-helping evidence; (2) whether this evidence was inadmissible because it was irrelevant to any issue other than the appellant's character or that its prejudicial value outweighed its probative value; (3) if the evidence was admissible, whether the trial judge should have given the jury special instructions about the use they could make of this testimony; and finally, (4) whether the appeal should be dismissed under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* on the ground that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred.

Held (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Sopinka and Iacobucci JJ.: The question of whether or not the evidence was inadmissible on the ground of being oath-helping evidence was not discussed by the Court of Appeal and therefore was not a "question of law on which a judge of the court of appeal dissent[ed]." Consequently, the appellant could not raise this as an issue before this Court.

The rule against oath-helping prohibits a party from presenting evidence solely for the purpose of bolstering a witness' credibility before that witness' credibility is attacked. This type of evidence tends to prove the truthfulness of the witness, rather than the truth of the witness' statements. The testimony at issue made no reference to the truthfulness or good character of the complainant, or of themselves. Their evidence was

pelant a été accusé de viol, d'agression et d'avoir procuré un avortement.

Au cours du procès, le juge a décidé, après un *voir-dire*, de ne pas admettre le témoignage de la sœur de la plaignante voulant qu'elle aussi ait été agressée sexuellement par l'appellant, pour le motif qu'il tombait sous le coup de la règle de preuve de faits similaires et que sa valeur probante ne l'emportait pas sur son effet préjudiciable. Toutefois, le témoignage des frères et sœurs de la plaignante a été admis en ce qui a trait à la domination violente qu'exerçait l'appellant au sein du foyer. L'appellant a été déclaré coupable de viol et d'agression et a été débouté de son appel devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse. L'appellant voulait que soient déclarées inadmissibles les parties de ces témoignages des frères de la plaignante relatives aux agressions qu'il aurait commises contre les frères et sœurs de la plaignante. En raison d'une opinion dissidente, il y a eu pourvoi de plein droit sur ce point.

Les questions en litige sont les suivantes dans ce pourvoi: (1) les témoignages des frères étaient-ils inadmissibles pour le motif qu'il s'agissait d'une preuve justificative? (2) Ces témoignages étaient-ils inadmissibles pour le motif que cette preuve n'était pertinente qu'en ce qui concernait la moralité de l'appellant, ou que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante? (3) Si la preuve était admissible, le juge du procès aurait-il dû donner au jury des directives particulières quant à l'utilisation qu'il pouvait faire de ces témoignages? Et enfin, (4) le pourvoi devrait-il être rejeté en vertu du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, pour le motif qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits?

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Sopinka et Iacobucci: La question de savoir si ces témoignages étaient inadmissibles parce qu'ils constituaient une preuve justificative n'a pas été examinée par la Cour d'appel et n'était donc pas une «question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel [était] dissident». En conséquence, l'appellant ne pouvait soulever ce point devant notre Cour.

La règle interdisant les témoignages justificatifs vise à empêcher une partie de produire une preuve destinée uniquement à renforcer la crédibilité d'un témoin avant que celle-ci ne soit attaquée. Ce type de preuve tend à établir la franchise du témoin plutôt que la véracité de ses déclarations. Il n'était pas question, dans les témoignages des frères, de leur propre franchise ou bonne moralité, ni de celles de la plaignante. Leurs témoi-

rather corroborative of an issue in the trial that was raised in the complainant's testimony—the system of violent domination that the appellant used to control the members of the household. While the impugned testimony shored up the complainant's credibility by implication, it was not called solely or even primarily for that purpose. It was not, therefore, oath-helping evidence.

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. The impugned evidence tended to show that the appellant is a person of bad character, with a propensity for violence. It was, however, not tendered solely to show that the appellant was the sort of person likely to commit the offences charged. Rather, it was to rebut the defence of innocent association and demonstrate the system of violent control that the appellant exercised over the family. This would explain why the abuse was allowed to occur and why the complainant was too frightened to press charges until much later. It also countered the suggestion that the complainant's mother was responsible for her physical injuries.

Where the evidence sought to be adduced by the prosecution concerns a morally repugnant act committed by the accused, the potential prejudice is great and the probative value must be high to permit its reception. The evidence was clearly probative and its probative value outweighed any prejudicial effect.

Trial judges must properly instruct juries as to the use that they can make of evidence which is highly prejudicial to an accused in relation to the accused's character. Here, the trial judge did not charge the jury with respect to the use they could make of this testimony. The judge was required to explain clearly in the instructions to the jurors that they must not infer from the evidence that tended to show the appellant's bad character that the appellant was guilty because he is the sort of person who is likely to commit the offences in question. The prejudicial effect of the impugned testimony was high enough that lack of proper instruction may have resulted in unfair guilty verdicts. The trial judge's caution to the jury that they could not use a conviction on one count before them as evidence of propensity to commit the other counts and that they could only make limited use

gnages corroboraient plutôt une question que la plaignante avait soulevée dans son témoignage au procès, savoir le régime de domination violente auquel l'appellant recourait pour contrôler les membres de la famille. Bien que les témoignages attaqués aient implicitement renforcé la crédibilité de la plaignante, ce n'est pas uniquement ni même essentiellement dans ce but que cette preuve a été présentée. Il ne s'agissait donc pas de témoignages justificatifs.

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. Les témoignages attaqués tendaient à établir la mauvaise moralité et la propension à la violence de l'appellant. Toutefois, cette preuve n'a pas été présentée seulement pour montrer que l'appellant était le genre de personne susceptible de commettre les infractions reprochées. Elle visait plutôt à repousser le moyen de défense fondé sur les rapports innocents et à démontrer l'existence du régime de domination violente que l'appellant exerçait sur la famille. Cela expliquerait pourquoi les agressions ont pu se produire et pourquoi la plaignante était effrayée au point de ne porter des accusations que beaucoup plus tard. Elle a aussi réfuté la prétention que la mère de la plaignante était responsable des lésions corporelles que cette dernière avait subies.

Lorsque la preuve que la poursuite veut présenter est la preuve 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 être grande pour permettre sa réception. La preuve était manifestement probante et sa valeur probante l'emportait sur tout effet préjudiciable.

Il incombe au juge du procès de donner aux jurés des directives appropriées quant à l'utilisation qu'ils peuvent faire de la preuve qui est fortement préjudiciable à l'accusé sur le plan de sa moralité. En l'espèce, le juge du procès n'a pas donné de directives au jury en ce qui concerne l'utilisation qu'il pouvait faire des témoignages en cause. Le juge était tenu, dans ses directives, d'expliquer clairement aux jurés qu'ils ne devaient pas déduire de la preuve qui tendait à démontrer la mauvaise moralité de l'appellant que celui-ci était coupable parce qu'il est le genre de personne susceptible de commettre les infractions en cause. L'effet préjudiciable des témoignages attaqués était suffisamment grand pour que l'absence de directives appropriées ait pu entraîner des verdicts de culpabilité injustes. Le fait que le juge du procès ait prévenu les jurés qu'ils ne pouvaient pas se

of the evidence of the appellant's prior convictions did not cure the charge of its faults. Finally, no connection exists between the degree of relevancy of the evidence and the need for instructions as to the use that could be made of the testimony since highly relevant evidence could still be extremely prejudicial to the accused and be misused by the jury in reaching their verdict.

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should not have been invoked here. The evidence was not so overwhelming that the jury would have inevitably convicted the appellant if the judge had properly instructed them as to the use they could make of that testimony. Credibility was a large issue at trial, and it is impossible to know what was in the minds of the jurors and how they were affected by the unrestricted admission of the evidence in question. The assessment of whether to apply the curative provision is complicated by the fact that there were multiple charges which involved included offences, with the result that a properly instructed jury might have convicted but not on all the charges or for different offences.

Per Lamer C.J. and Sopinka J.: The appeal should be allowed and a new trial ordered for the reasons given by Iacobucci J. The evidence of complainant's brothers was admissible but the absence of instruction from the trial judge as to the limited purpose for which the evidence could be used required a new trial. This was not a case for the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. In order to decide that, notwithstanding the judgment of the trial court could be set aside on the basis of a wrong decision on a question of law, there was no substantial wrong or miscarriage of justice, the appellate court must be satisfied by the Crown that the verdict at trial would necessarily have been the same if the error had not been committed.

In deciding whether s. 686(1)(b)(iii) should be applied, it must be asked if the guilty verdict, had the jury been properly instructed, would necessarily have been the same in the sense that any other verdict would

servir d'une déclaration de culpabilité relative à un chef d'accusation dont ils étaient saisis, comme preuve de la propension à commettre les infractions reprochées dans les autres chefs, et qu'ils ne pouvaient faire qu'un usage limité de la preuve des déclarations de culpabilité antérieures de l'appelant, n'a pas remédié aux lacunes de l'exposé. Enfin, il n'y a aucun lien entre le degré de pertinence de la preuve et la nécessité de donner des directives quant à l'utilisation qui pouvait être faite des témoignages, étant donné qu'une preuve fortement pertinente pouvait néanmoins être extrêmement préjudiciable à l'accusé et que les jurés pouvaient en faire une mauvaise utilisation en prononçant leur verdict.

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* n'aurait pas dû être invoqué en l'espèce. La preuve n'était pas à ce point accablante que le jury aurait forcément déclaré l'appelant coupable si le juge lui avait donné des directives appropriées quant à l'utilisation qu'il pouvait faire de ces témoignages. La crédibilité était une question importante au procès et il est impossible de savoir ce que les jurés avaient à l'esprit et comment ils ont été influencés par l'admission sans réserve de la preuve en question. La tâche de déterminer s'il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice est compliquée par le fait que plusieurs accusations comportaient des infractions incluses, de sorte qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu rendre un verdict de culpabilité, mais non relativement à toutes les accusations ni quant à d'autres infractions.

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka: Il y a lieu d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès pour les motifs exposés par le juge Iacobucci. Les témoignages des frères de la plaignante étaient admissibles, mais un nouveau procès doit être tenu en raison de l'absence de directives de la part du juge de première instance quant à l'objet limité auquel pouvaient servir ces témoignages. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* n'est pas applicable en l'espèce. Pour que la cour d'appel décide qu'il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave, malgré le fait que le jugement de première instance pourrait être infirmé pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, il est clair, d'après la loi, que le ministère public doit avoir établi à la satisfaction de la cour que le verdict rendu en première instance aurait nécessairement été le même si l'erreur n'avait pas été commise.

Pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii), il faut se demander si un jury ayant reçu des directives appropriées aurait nécessairement rendu le même verdict de culpabilité en ce sens que tout

have been unreasonable or not supported by the evidence. This exercise must be conducted with respect for the jury's function. It is generally undesirable to speculate as to the basis upon which a jury might or might not have accepted certain evidence and rejected other evidence.

The absence of the appropriate direction concerning the evidence of complainant's brothers cannot be safely assumed to have had no material effect on the deliberations of the jury. There was no instruction, as required by law, that this evidence not be relied upon as proof that the accused is the sort of person who would commit the offence charged and on that basis infer that the accused is in fact guilty. Indeed, there was an invitation to do exactly what the jury ought to have been clearly told not to do. Three possible effects of such evidence upon the jury are: (1) the jury may convict based on propensity; (2) the jury might convict to punish for past acts; and (3) the jury might become confused and substitute a verdict with respect to the past acts for a verdict on the charges in issue. The jury's verdict would not necessarily have been the same had the trial been conducted in accordance with the law.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The impugned evidence was relevant and, as its probative value outweighed its prejudicial effect, was properly admissible. The failure of a trial judge to instruct a jury adequately concerning the use that can be made of evidence which tends to show bad character may constitute an error of law. The charge should be considered in its entirety and be examined in the light of what was effectively conveyed to the jurors. In this case, the jury was adequately instructed concerning the applicable principles.

A court is entitled to consider the strategy of the parties in determining whether or not there was an error in the instructions to the jury. Here, defence counsel made an active tactical decision not to object to the evidence of one brother, or the instructions, but deliberately used the evidence in a strategy designed to illustrate that the allegations were so heinous as to be improbable.

Under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, a court must ask whether a properly instructed and reasonably acting jury would have necessarily arrived at the same conclusion, and may affirm the conviction given an affirmative answer. In determining whether there has

autre verdict aurait été déraisonnable ou n'aurait pu s'appuyer sur la preuve. Cela doit se faire en toute déférence pour la fonction de jury. Il n'est généralement pas souhaitable de conjecturer sur les motifs qui auraient pu inciter un jury à accepter certains éléments de preuve et à en rejeter d'autres.

On ne saurait supposer sans risque d'erreur que l'absence de directives appropriées concernant les témoignages des frères de la plaignante n'a eu aucune incidence importante sur les délibérations du jury. On n'a pas dit au jury, comme le droit l'exige, qu'il ne devait pas considérer que cette preuve établissait que l'accusé est le genre de personne qui commettrait l'infraction reprochée, et en déduire que l'accusé est effectivement coupable de cette infraction. En fait, on a invité le jury à faire exactement ce qu'on aurait dû lui dire clairement de ne pas faire. Cette preuve peut avoir trois effets sur le jury: (1) le jury peut rendre un verdict de culpabilité fondé sur la propension, (2) le jury pourrait rendre un verdict de culpabilité afin de punir pour des actes antérieurs, et (3) le jury pourrait s'embrouiller et substituer un verdict sur les actes antérieurs à un verdict sur les accusations en cause. Le verdict du jury n'aurait pas nécessairement été le même si le procès s'était déroulé conformément au droit applicable.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La preuve contestée était pertinente et, comme sa valeur probante l'emportait sur son effet préjudiciable, elle était proprement admissible. L'omission, de la part du juge du procès, de donner aux jurés des directives appropriées sur l'utilisation qui peut être faite de la preuve qui tend à établir la mauvaise moralité, peut constituer une erreur de droit. L'exposé du juge doit être considéré dans son ensemble et ses propos examinés dans le contexte du message effectivement transmis aux jurés. En l'espèce, le jury a reçu des directives appropriées au sujet des principes applicables.

La cour a le droit de prendre en considération la stratégie des parties pour décider si les directives au jury comportaient une erreur. Ici, l'avocat de la défense a choisi, comme tactique, de ne pas s'opposer au témoignage de l'un des frères ni aux directives données, mais il s'en est servi délibérément dans le cadre d'une stratégie destinée à montrer que les allégations qu'il contenait étaient odieuses au point d'être invraisemblables.

Aux termes du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, la cour doit se demander si un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon raisonnable serait nécessairement arrivé à la même conclusion, et dans l'affirmative, elle peut confirmer la déclaration de

been a miscarriage of justice, a court must examine the case in its totality. Here, the evidence was overwhelming, and no jury, properly instructed and acting reasonably, could possibly have acquitted the accused. The result of a re-trial would necessarily be the same and the accused cannot be said to have been deprived of his right to a fair trial. This Court can appropriately apply the curative provisions of the *Code*.

Per Gonthier J. (dissenting): The evidence was admissible for the reasons stated by Iacobucci and L'Heureux-Dubé JJ. The reasons of L'Heureux-Dubé J. with respect to the adequacy of the charge and the application of the *Code's* curative provisions were agreed with. The trial judge's instructions were adequate, having regard to the circumstances of this case, including the defence counsel's full use of the evidence in support of the defence that the allegations were so heinous that it was improbable that they would have occurred or not have been reported. Further, the evidence supporting the guilt of the accused was overwhelming and s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied to remedy any defect.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595.

By Lamer C.J.

Referred to: *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Vézéau v. The Queen, [1977] 2 S.C.R. 277; *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39; *R. v. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Guenot, Kocsis and Lukacs* (1979), 51 C.C.C. (2d) 315; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233; *Mahoney v. The*

culpabilité. Pour décider s'il y a eu déni de justice, la cour doit examiner l'affaire dans son ensemble. La preuve était accablante en l'espèce et il n'y avait pas la moindre possibilité qu'un jury, ayant reçu les directives appropriées et agissant de façon raisonnable, acquitte l'accusé. Le résultat d'un nouveau procès serait nécessairement le même et on ne saurait prétendre que l'accusé a été privé de son droit à un procès équitable. Il est approprié que notre Cour applique les dispositions réparatrices du *Code*.

Le juge Gonthier (dissident): Les témoignages étaient admissibles pour les raisons données par les juges Iacobucci et L'Heureux-Dubé. Les motifs du juge L'Heureux-Dubé concernant le caractère suffisant de l'exposé du juge et l'application des dispositions réparatrices du *Code* sont acceptés. Le juge du procès a donné des directives suffisantes eu égard aux circonstances de l'affaire, y compris le fait que l'avocat de la défense s'est servi pleinement de ces témoignages pour appuyer le moyen de défense selon lequel les actes reprochés étaient à ce point odieux qu'il était peu probable qu'ils eussent été commis ou qu'ils n'eussent pas été signalés. De plus, la preuve de la culpabilité de l'accusé est accablante et il y a lieu d'appliquer, pour remédier à tout défaut, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *R. c. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. c. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168; *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111.

i Citée par le juge L'Heureux-Dubé J. (dissidente)

Vézéau c. La Reine, [1977] 2 R.C.S. 277; *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39; *R. c. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Guenot, Kocsis and Lukacs* (1979), 51 C.C.C. (2d) 315; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233; *Mahoney c. La Reine*,

Queen, [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. Nygaard*, [1989] 2 S.C.R. 1074.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 237(1), 686(1)(a)(i), (b)(iii), 691(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1991), 69 C.C.C. (3d) 193, 107 N.S.R. (2d) 231, 11 C.R. (4th) 56, dismissing an appeal from conviction by Nathanson J. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

Craig M. Garson, for the appellant.

Robert C. Hagell and *Robert Lutes*, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. were delivered by

LAMER C.J.—I agree that this appeal must be allowed and a new trial ordered for the reasons given by Justice Iacobucci. I agree that the evidence of L.L. and T.B. was admissible but that the absence of instruction from the trial judge as to the limited purpose for which the evidence could be used requires a new trial.

The key issue, in my view, is whether this is a case for the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In my respectful opinion, this is not a case for the application of s. 686(1)(b)(iii) for reasons which I will briefly develop.

The principles relating to s. 686(1)(b)(iii) have been clearly articulated by a series of decisions of this Court. The section reads as follows:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction ... the court of appeal

[1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. Nygaard*, [1989] 2 R.C.S. 1074.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 237(1), 686(1)(a)(i), b)(iii), 691(1)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1991), 69 C.C.C. (3d) 193, 107 N.S.R. (2d) 231, 11 C.R. (4th) 56, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Nathanson. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

Craig M. Garson, pour l'appellant.

Robert C. Hagell et *Robert Lutes*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Je conviens que le présent pourvoi doit être accueilli et qu'un nouveau procès doit être ordonné pour les motifs exposés par le juge Iacobucci. Je conviens que les témoignages de L.L. et de T.B. étaient admissibles, mais aussi qu'un nouveau procès doit être tenu en raison de l'absence de directives de la part du juge de première instance quant à l'objet limité auquel pouvaient servir ces témoignages.

La question clé est, à mon avis, de savoir si le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, est applicable en l'espèce. En toute déférence, je ne crois pas, pour les motifs que je vais exposer brièvement, qu'il s'agit d'un cas qui se prête à l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii).

Les principes relatifs au sous-al. 686(1)(b)(iii) ont été clairement formulés dans une série d'arrêts de notre Cour. Cette disposition prévoit:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité [...] la cour d'appel:

(b) may dismiss the appeal where

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

The law is clear that in order to decide that, notwithstanding the judgment of the trial court could be set aside on the basis of a wrong decision on a question of law, there was no substantial wrong or miscarriage of justice, the appellate court must be satisfied by the Crown that the verdict at trial would necessarily have been the same if the error had not been committed (see, e.g. *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 744, cited with approval by Lamer J. (as he then was) for the Court in *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at p. 328).

Pour que la cour d'appel décide qu'il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave, malgré le fait que le jugement de première instance pourrait être infirmé pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, il est clair, d'après la loi, que le ministère public doit avoir établi à la satisfaction de la cour que le verdict rendu en première instance aurait nécessairement été le même si l'erreur n'avait pas été commise (voir, par exemple, l'arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, à la p. 744, cité avec approbation par le juge Lamer (maintenant Juge en chef), au nom de notre Cour dans l'arrêt *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, à la p. 328).

As Cartwright J. noted in *Colpitts*, the discharge of this burden by the Crown is a condition precedent to the right of the appellate court to apply the terms of the subsection, but the court is not bound to apply the subsection merely because this onus is discharged. Moreover, as he further pointed out, there is a danger that if appellate courts resort too readily to the proviso, "the judges would in truth be substituted for the jury, the verdict would become theirs and theirs alone, and would be arrived at upon a perusal of the evidence without any opportunity of seeing the demeanour of the witnesses and weighing the evidence with the assistance which this affords" (see Cartwright J. in *Colpitts*, *supra*, at p. 744).

Unless used with great circumspection, the provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* would effectively deprive accused persons of the right to

Comme le juge Cartwright l'a fait remarquer dans l'arrêt *Colpitts*, l'acquiescement de cette obligation par le ministère public est une condition préalable au droit de la cour d'appel d'appliquer les dispositions de l'alinéa, mais la cour n'est pas tenue de l'appliquer simplement parce qu'on s'est acquitté de cette obligation. De plus, comme l'a également souligné le juge Cartwright, si la cour d'appel recourt trop facilement à cette disposition, il y a un risque que [TRADUCTION] «en réalité, les juges remplace[nt] le jury, [que] le verdict devien[ne] leur verdict et leur verdict uniquement, et [qu']il découle[.]... d'une lecture attentive de la preuve qu'ils aur[ont] faite sans avoir eu l'occasion de voir le comportement des témoins et d'évaluer la preuve avec l'avantage qui en découle» (voir le juge Cartwright, dans *Colpitts*, précité, à la p. 744).

À moins d'être appliquées avec une grande circonspection, les dispositions du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* priveraient effectivement

have their guilt or innocence determined by a properly instructed jury of their peers.

In applying s. 686(1)(b)(iii), it is useful to consider it in combination with s. 686(1)(a)(i), which permits the appellate court to allow the appeal "where it is of opinion that . . . the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence". The relationship between these two provisions was outlined by McIntyre J. for the Court in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168. In the course of his reasons, on behalf of the Court, McIntyre J. referred to *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, citing with approval a statement from my judgment therein to the effect that before an appellate court can rely on what is now s. 686(1)(b)(iii), the Court must "first make a finding that no jury properly charged could reasonably acquit" (see McIntyre J. in *R. v. Yebes*, at p. 182, and Lamer J. (as he then was) in *Mahoney v. The Queen*, at pp. 857-58). More recently this Court in *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, Sopinka J. said at p. 916:

On the other hand, if the Court of Appeal finds an error of law with the result that the accused has not had a trial in which the legal rules have been observed, then the accused is entitled to an acquittal or a new trial in accordance with the law. The latter result will obtain if there is legally admissible evidence on which a conviction could reasonably be based. The court cannot substitute its opinion for that of the trial court that the evidence proves guilt beyond a reasonable doubt because the accused is entitled to that decision from a trial judge or jury who have all the advantages that have been so often conceded to belong to the trier of fact. If the Court of Appeal were to make that decision the accused would be deprived of a trial to which he or she is entitled, first, by reason of the abortive initial trial and second by the Court of Appeal. There is, however, an exception to this rule in a case in which the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. In such circumstances, depriving the accused of a proper trial is justified on the ground that the deprivation is minimal when the invariable result would be another conviction. These limitations on the powers of the Court of Appeal are the result of the combined effect of s. 686(1)(a)(ii),

un accusé du droit à ce qu'un jury formé de ses pairs et ayant reçu des directives appropriées détermine son innocence ou sa culpabilité.

^a Dans l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii), il est utile de l'examiner conjointement avec le sous-al. 686(1)(a)(i) qui permet à la cour d'appel d'admettre l'appel «si elle est d'avis [. . .] que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve». ^b Le juge McIntyre de notre Cour a souligné le lien entre ces deux dispositions, dans l'arrêt *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168. Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la Cour, le juge McIntyre mentionne l'arrêt *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, et cite en l'approuvant un extrait de mes motifs dans cette affaire, où j'affirme que, pour pouvoir invoquer ce qui constitue maintenant ^c le sous-al. 686(1)(b)(iii), la cour doit conclure «d'abord qu'un jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu raisonnablement prononcer l'acquittement» (voir le juge McIntyre, dans *R. c. Yebes*, à la p. 182, et le juge Lamer (maintenant ^d Juge en chef) dans *Mahoney c. La Reine*, aux pp. 857 et 858). Plus récemment, dans l'arrêt de notre Cour *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, le juge Sopinka a affirmé, à la p. 916:

^f Par ailleurs, si la cour d'appel conclut qu'il y a eu erreur de droit faisant en sorte que l'accusé n'a pas subi un procès conforme aux règles de droit, alors l'accusé a droit à un acquittement ou à un nouveau procès conformément à la loi. Ce dernier résultat se produira s'il ^g existe des éléments de preuve légalement admissibles qui pourraient raisonnablement justifier une déclaration de culpabilité. La cour ne peut pas substituer son avis à celui du tribunal de première instance que la preuve établit la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, parce que l'accusé a droit à ce que cette décision ^h soit rendue par un juge du procès ou un jury qui a tous les avantages qu'on a si souvent reconnus au juge des faits. Si la cour d'appel prenait cette décision, l'accusé serait privé d'un procès auquel il a droit, d'abord à cause du premier procès irrégulier qu'il a subi, et ensuite ⁱ en raison de la cour d'appel. Il existe cependant une exception à cette règle lorsque la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. Dans ce cas, il est justifié de priver l'accusé ^j d'un procès régulier puisque cette privation est minime lorsque le résultat serait forcément une autre déclaration de culpabilité. Ces limites imposées aux pouvoirs de la

(b)(ii) and (iii) and s. 686(2). By virtue of s. 686(1)(b)(ii) the Court of Appeal cannot dismiss the appeal if it has found an error of law unless the curative provision embodied in s. 686(1)(b)(iii) applies. If the appeal is not dismissed it must be allowed, and pursuant to the provisions of s. 686(2) either an acquittal or a new trial must be ordered.

I therefore approach the question of whether this is a case in which the proviso of s. 686(1)(b)(iii) should be applied by asking whether, if the jury had been properly instructed, the verdict of guilty would necessarily have been the same in the sense that any other verdict would have been unreasonable or not supported by the evidence. This exercise must be conducted with respect for the function of the jury, whose role it is to determine what evidence of which witnesses they accept, the weight it should be accorded and, in the final analysis, whether there exists a reasonable doubt about the guilt of the accused.

In approaching the question in this case, it is essential to bear in mind that, in the final analysis, the case turned on questions of credibility. Depending on what evidence was accepted, there certainly could have been ample evidence upon which a jury properly instructed could convict on the charges upon which this jury convicted the accused. However, verdicts of acquittal on all counts on the trial record as it stands would, in my respectful view, not be susceptible to be set aside as being unreasonable.

It is generally undesirable to speculate as to the basis upon which a jury might or might not have accepted certain evidence and rejected other evidence. This is all the more true when there is to be a new trial. Without in any way suggesting that a jury failed, or in fact should have failed, to accept any or all of the Crown evidence in this case, their decision to do so would not have been unreasonable in the circumstances of this case. The allegations were very old because there had been a long delay in bringing the allegations to the attention of

cour d'appel découlent de l'effet conjugué des sous-al. 686(1)(a)(ii), b)(ii) et (iii) et du par. 686(2). En vertu du sous-al. 686(1)(b)(ii), la cour d'appel ne saurait rejeter l'appel si elle conclut qu'il y a eu erreur de droit, sauf si la disposition réparatrice contenue au sous-al. 686(1)(b)(iii) s'applique. Si l'appel n'est pas rejeté, il doit être accueilli et, conformément au par. 686(2), il faut ordonner soit un acquittement soit un nouveau procès.

Pour déterminer s'il y a lieu en l'espèce d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii), il faut donc se demander si un jury ayant reçu des directives appropriées aurait nécessairement rendu le même verdict de culpabilité en ce sens que tout autre verdict aurait été déraisonnable ou n'aurait pu s'appuyer sur la preuve. Cela doit se faire en toute déférence pour la fonction de jury qui consiste à déterminer quelles dépositions de quels témoins il accepte, quel poids il y a lieu de leur accorder et, en définitive, s'il existe un doute raisonnable au sujet de la culpabilité de l'accusé.

En abordant cette question ici, il est essentiel de se rappeler que l'affaire reposait en définitive sur des questions de crédibilité. Tout dépendant des éléments de preuve qui ont été acceptés, il aurait certainement pu exister une preuve suffisante pour qu'un jury, ayant reçu les directives appropriées, prononce un verdict de culpabilité relativement aux accusations au sujet desquelles le présent jury a déclaré l'accusé coupable. Toutefois, des verdicts d'acquittement relatifs à tous les chefs d'accusation figurant dans le dossier d'instruction ne seraient pas, à mon avis, susceptibles d'être annulés pour le motif qu'il sont déraisonnables.

Il n'est généralement pas souhaitable de conjecturer sur les motifs qui auraient pu inciter un jury à accepter certains éléments de preuve et à en rejeter d'autres. Cela est d'autant plus vrai dans le cas où il doit y avoir un nouveau procès. Sans laisser entendre le moindrement qu'un jury a omis, ou aurait dû omettre, d'accepter la totalité ou une partie de la preuve de la poursuite en l'espèce, sa décision de le faire n'aurait pas été déraisonnable dans les circonstances de la présente affaire. Les allégations ne dataient pas d'hier puisqu'il s'était

the police. The accused testified in answer to the charges and denied everything. The deliberations of the jury were not short. The jury retired just after 12:00 noon, and returned just after 5:00 p.m. that afternoon with a request to re-hear certain parts of the evidence. A verdict was not returned until 10:40 a.m. the following morning. The jury acquitted on the charge of procuring a miscarriage, although there was evidence from the complainant relating to that charge. None of these considerations, of course, is in any way conclusive, but they underline the dangers inherent in speculating as to what may have been in the jury's mind as it reached its verdicts. Everything depends on what evidence was accepted and what evidence was not accepted in the face of a sworn denial of all charges from the accused in the witness box.

I then turn to the question of whether the absence of the appropriate direction concerning the evidence of T.B. and L.L. can be safely assumed to have had no material effect on the deliberations of the jury. With respect to those of a contrary view, I am quite unable to reach any such conclusion in all of the circumstances of this case. As Iacobucci J. properly says, the evidence of L.L. and T.B. tends to show that the appellant is a person of bad character with a propensity for violence. I agree with Iacobucci and L'Heureux-Dubé JJ. that, notwithstanding this possible prejudicial effect, the evidence in the circumstances of this case was nonetheless admissible because it was relevant to several serious issues in the case such as the defence of innocent association, the system of violent control that the appellant exercised over the family, and the suggestion that Mrs. L. was responsible for the complainant's physical injuries. However, the potential of the prejudicial effect of this evidence cannot be ignored.

There was no instruction, as in my opinion the law requires, that this evidence not be relied upon

écoulé beaucoup de temps avant qu'elles ne soient portées à l'attention de la police. L'accusé a témoigné pour répondre aux accusations et a tout nié. Les délibérations du jury n'ont pas été de courte durée. Il s'est retiré peu après midi et est retourné peu après 17 h pour demander à réentendre certaines parties des témoignages. Le verdict n'a été déposé qu'à 10 h 40 le lendemain matin. Le jury a rendu un verdict d'acquittement concernant l'accusation d'avoir procuré un avortement, malgré la preuve présentée par l'appelante sur ce point. Il va sans dire qu'aucune de ces considérations n'est de quelque façon concluante, mais elles font ressortir les risques que comporte le fait de conjecturer sur ce que les jurés peuvent avoir eu à l'esprit en rendant leurs verdicts. Tout dépend des éléments de preuve qui ont été retenus ou écartés, face à une dénégation sous serment que l'accusé a faite à la barre des témoins relativement à toutes les accusations portées contre lui.

J'examine maintenant si l'on peut supposer sans risque d'erreur que l'absence de directives appropriées concernant les témoignages de T.B. et de L.L. n'a eu aucune incidence importante sur les délibérations du jury. En toute déférence pour les tenants de l'opinion contraire, je suis tout à fait incapable d'arriver à une telle conclusion compte tenu de toutes les circonstances en l'espèce. Comme l'affirme à juste titre le juge Iacobucci, les témoignages de L.L. et de T.B. tendent à établir la mauvaise moralité et la propension à la violence de l'appelant. Je suis d'accord avec le juge Iacobucci et le juge L'Heureux-Dubé que, nonobstant cet effet préjudiciable possible, ces témoignages étaient néanmoins, dans les circonstances de l'espèce, admissibles parce qu'ils étaient pertinents relativement à plusieurs questions importantes comme le moyen de défense fondé sur les rapports innocents, le régime de domination violente que l'appelant exerçait sur la famille et la prétention que M^{me} L. était responsable des lésions corporelles de la plaignante. Toutefois, on ne saurait ignorer le risque d'effet préjudiciable de ces témoignages.

On n'a pas dit au jury, comme le droit l'exige à mon avis, qu'il ne devait pas considérer que cette

as proof that the accused is the sort of person who would commit the offence charged and on that basis infer that the accused is in fact guilty (see *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, at p. 128).

As Sopinka J. pointed out in *R. v. D. (L.E.)*, there are three possible effects of such evidence upon the jury: first, the jury may convict based on propensity; second, the jury might convict to punish for past acts; and third, the jury might become confused and substitute a verdict with respect to the past acts for a verdict on the charges in issue. The evidence of T.B. and L.L. raised serious dangers that these improper and unjust effects might flow. Consider how the theory of the Crown was put to the jury by the trial judge:

Mr. [F.F.B.]'s evidence was evasive and contradictory on numerous occasions. No independent character witnesses were called and significantly his sons were not called to testify.

It is inconceivable that so many of the children would come forward with their evidence of cruel games, physical abuse, sexual abuse, if it did not happen. The defendant has denied it all.

It is clear from the children's evidence that each one of them had different memories of those years in [T.J]. However, the constant theme in their evidence is cruel games, physical, mental and sexual abuse and control, exercised by Mr. [F.F.B.]. [Emphasis added.]

The theory of the Crown as put to the jury by the trial judge was an invitation to the jury to infer F.F.B.'s guilt of the counts in the indictment on the basis that he was a person with the propensity for cruelty and violence to children. In short, it was an invitation to the jury to do exactly what the law prohibits. Not only was there no instruction that this should not be done, as in my view the law requires; there was, in fact, an invitation to do

preuve établissait que l'accusé est le genre de personne qui commettrait l'infraction reprochée, et en déduire que l'accusé est effectivement coupable de cette infraction (voir l'arrêt *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, à la p. 128).

Comme le souligne le juge Sopinka dans *R. c. D. (L.E.)*, cette preuve peut avoir trois effets sur le jury: premièrement, le jury peut rendre un verdict de culpabilité fondé sur la propension, deuxièmement, le jury pourrait rendre un verdict de culpabilité afin de punir pour des actes antérieurs, et troisièmement, le jury pourrait s'embrouiller et substituer un verdict sur les actes antérieurs à un verdict sur les accusations en cause. Les témoignages de T.B. et de L.L. créent de graves risques que ces effets irréguliers et injustes se concrétisent. Examinons la façon dont la théorie du ministère public a été présentée au jury par le juge de première instance:

[TRADUCTION] Le témoignage de M. [F.F.B.] s'est avéré évasif et contradictoire à maintes reprises. Aucun témoin de moralité indépendant n'a été assigné et, ce qui est révélateur, ses fils n'ont pas non plus été appelés à la barre.

Il est inconcevable que tant d'enfants viennent témoigner au sujet de jeux cruels, de mauvais traitements, d'agressions sexuelles, si cela ne s'est pas produit. Le défendeur a tout nié.

Il ressort clairement du témoignage des enfants qu'ils ont chacun un souvenir différent des années passées à [T.J]. Toutefois, le thème qui revient constamment dans leurs témoignages est l'existence de jeux cruels, de mauvais traitements tant du point de vue physique que mental, d'agressions sexuelles et de contrôle par M. [F.F.B.]. [Je souligne.]

La théorie du ministère public, telle qu'exposée au jury par le juge de première instance, consistait à inviter le jury à déduire que F.F.B. était coupable relativement aux chefs contenus dans l'acte d'accusation pour le motif qu'il avait une propension à la cruauté et à la violence envers les enfants. Bref, cela revenait à inviter le jury à faire exactement ce que le droit interdit. Non seulement le jury n'a-t-il pas été informé qu'il ne devait pas procéder de la

exactly what the jury ought to have been told, in the clearest possible terms, not to do.

In these circumstances, it can scarcely be concluded that the verdict of the jury would have been the same had the trial been conducted in accordance with the law. Upon the evidence adduced, a verdict of guilty was justified, but not inevitable. A verdict of acquittal would not have been unreasonable. The absence of the required instruction, in the circumstances of this case and in light of the way the theory of the Crown was put to the jury was a serious error cutting to the heart of the manner in which the jury should approach the evidence. A clearer case for a new trial is difficult to imagine. The application of s. 686(1)(b)(iii) is completely inappropriate.

I therefore cannot agree with my colleague L'Heureux-Dubé J. concerning the application of s. 686(1)(b)(iii) in this case.

L'Heureux-Dubé J.'s reasons, in my respectful opinion, fall into error with respect to the dangers of prejudice created by the sort of evidence here in issue. She says at p. 719:

The totality of evidence in this case produces a strong sense of moral revulsion, and it would not be surprising if the jury were to conclude that the appellant was in fact a bad person. Such a conclusion does not, in itself, create a problem. The problem arises where a jury uses this conclusion to make the further conclusion, in the absence of evidence of guilt, that the accused is guilty because he is the type to do such atrocious acts. [Emphasis in original.]

With respect, this is not the law. It is precisely the very chain of reasoning against which the jury is to be cautioned; they are not to be told to go ahead and use evidence of propensity as evidence of guilt provided there is other evidence, as my colleague implies in the quoted passage. They should be told, but were not here, to put that chain of reasoning out of their minds.

sorte, comme le droit l'exige à mon avis, mais il a en fait été invité à faire exactement ce qu'on aurait dû lui dire le plus clairement possible de ne pas faire.

Dans ces circonstances, on ne peut guère conclure que le verdict du jury aurait été le même si le procès s'était déroulé conformément au droit applicable. D'après les éléments de preuve présentés, un verdict de culpabilité était justifié, mais non inévitable. Un verdict d'acquittement n'aurait pas été déraisonnable. Compte tenu des circonstances de l'espèce et de la façon dont la théorie du ministère public a été exposée au jury, l'absence des directives requises constituait une erreur grave touchant au cœur même de la manière dont le jury doit aborder la preuve. Il est difficile d'imaginer un cas plus clair où il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il ne convient absolument pas d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii).

En conséquence, je ne puis souscrire à l'opinion de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé quant à l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) en l'espèce.

À mon avis, le juge L'Heureux-Dubé commet une erreur quant aux risques de préjudice créés par le genre de preuve en cause ici. Elle affirme à la p. 719:

L'ensemble de la preuve dans cette affaire suscite un sentiment aigu de dégoût moral, et il ne serait pas étonnant que le jury ait pu conclure que l'appelant était effectivement une mauvaise personne. Une telle conclusion ne pose pas, en soi, de difficulté. Le problème survient lorsque le jury se sert de cette conclusion pour tirer, en l'absence de preuve de culpabilité, une conclusion additionnelle que l'accusé est coupable parce qu'il est le genre de personne susceptible d'accomplir des actes aussi atroces. [Souligné dans l'original.]

En toute déférence, tel n'est pas le droit applicable. C'est précisément contre ce type même de raisonnement qu'il faut mettre le jury en garde; on ne doit pas lui dire d'aller de l'avant et de se servir de la preuve de propension comme preuve de culpabilité pourvu qu'il existe une autre preuve, comme le laisse entendre ma collègue dans le passage cité. Il y a lieu d'avertir le jury de ne pas adopter un tel raisonnement, ce qui n'a pas été fait en l'espèce.

In order to reach the conclusion that the evidence of the Crown is "compelling" and its weight "staggering" my colleague must assume that Crown witnesses are credible and that the evidence of the defence is not. This conclusion appears to be premised on the fact that "the complainant and her family have already lived through an experience of unspeakable violence" (at p. 720, emphasis added). These are matters which the law, justice and the public interest require to be entrusted to a properly instructed jury.

I would allow the appeal and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Iacobucci, and agree with his conclusion that the evidence of L.L. and T.B. was admissible. In my opinion, the testimony was relevant and was therefore properly admissible subject to a weighing of the probative value against any prejudicial effect. Both the trial judge and the majority of the Court of Appeal agreed on this point. In this regard, I agree with Hallett J.A. of the Nova Scotia Court of Appeal who said (1991), 107 N.S.R. (2d) 231, at pp. 255-56:

In my opinion, (L.L.'s) evidence, which was set out in some considerable detail in the decisions of Justices Jones and Chipman, was admissible not as similar fact evidence but simply because it was relevant and highly probative to explain to the jury how these assaults on (P.A.L.) could have occurred and continued over so many years in this crowded household and nothing was ever said. The evidence disclosed that Mr. (L.) was rarely home and Mrs. (L.) was generally at work which left the appellant in charge of these young children. Without the evidence of his cruelty to these captive children and the total domination of them as a result of their fear of him, there is no explanation of why none of the children, including (P.A.L.), ever spoke of what was taking place. It is relevant and probative because without it this horror story, cloaked in secrecy for some 25 years, would not seem credible.

Pour arriver à la conclusion que la preuve du ministère public est «convaincante» et «renversante», ma collègue doit supposer que les témoins à charge sont dignes de foi et que ceux de la défense ne le sont pas. Cette conclusion paraît se fonder sur le fait que «la plaignante et sa famille ont déjà vécu une expérience d'une violence indescriptible» (à la p. 720, je souligne). Il s'agit là de questions qui, d'après les exigences du droit, de la justice et de l'intérêt public, doivent être soumises à l'appréciation d'un jury qui a reçu des directives appropriées.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci et je partage sa conclusion quant à l'admissibilité des témoignages de L.L. et de T.B. À mon avis, ces témoignages étaient pertinents et donc proprement admissibles à la condition toutefois d'en soupeser la valeur probante par rapport à tout effet préjudiciable qu'ils pouvaient avoir. Tant le juge du procès que la Cour d'appel, à la majorité, ont été d'accord sur ce point. Je souscris, à cet égard, à l'opinion du juge Hallett de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1991), 107 N.S.R. (2d) 231, qui écrit, aux pp. 255 et 256:

[TRADUCTION] À mon avis, le témoignage de (L.L.), dont les juges Jones et Chipman font état avec force détails dans leurs motifs, était admissible, non pas à titre de preuve de faits similaires, mais pour la simple raison qu'il était pertinent et fort probant pour expliquer au jury pourquoi les agressions dont a été victime (P.A.L.) ont pu, malgré la promiscuité qui régnait dans cette maison, se produire et continuer pendant tant d'années sans qu'on ne dise rien. Il ressort de la preuve que M. (L.) était rarement à la maison et que M^{me} (L.) était généralement au travail, ce qui laissait à l'appelant la responsabilité de ces jeunes enfants. Sans la preuve de sa cruauté envers ces enfants captifs et de leur domination totale en raison de la peur qu'ils avaient de lui, rien ne peut expliquer pourquoi aucun d'eux, y compris (P.A.L.), n'a jamais parlé de ce qui se passait. Cette preuve est pertinente et probante parce que, sans elle, cette histoire d'horreur, cachée pendant 25 ans, ne semblerait pas crédible.

(L.L.'s) evidence was admissible to show the circumstances that existed in the household during the years these assaults on (P.A.L.) took place. I would prefer not to cloak the evidence with the questionable mantle and trappings of "similar fact" evidence to support its admissibility. (L.L.'s) evidence of the appellant's cruelty, although it certainly proves the appellant's disposition to violence and is prejudicial, was, in the peculiar circumstances of this case, admissible for the reason I have stated.

The appellant was certainly entitled to a fair trial and to have excluded evidence adduced solely to show bad disposition. However, (L.L.'s) evidence was not introduced for that sole purpose. The law does not immunize the appellant from having relevant evidence adduced by the Crown to show the circumstances and setting in which the assaults on (P.A.L.) were alleged to have taken place.

The only remaining issue, as my colleague asserts, is whether the trial judge made an error in law in instructing the jury as to the use that could be made of this evidence. If the charge is adequate in that respect, that is the end of the matter. If not, should the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, apply?

Did the Trial Judge Err in Instructing the Jury?

The failure of a trial judge to instruct a jury adequately may constitute an error of law. In determining whether or not a charge is inadequate, there are some preliminary considerations that must be kept in mind.

First, one must remain cognizant of Dickson J.'s (as he then was) observation in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, at p. 285:

A jury charge should not be anatomized, cut in pieces and examined part by part, as though it were a plant or animal in a laboratory experiment.

Lamer J. (now Chief Justice) confirmed in *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39, at p. 45, a judge's charge "should be considered in its entirety

Le témoignage de (L.L.) était admissible pour montrer la situation qui régnait dans le foyer pendant les années où se sont produites les agressions contre (P.A.L.). Je préférerais ne pas faire entrer cette preuve dans la catégorie contestable de la preuve de «faits similaires» pour en justifier l'admissibilité. Bien que le témoignage de (L.L.) quant à la cruauté de l'appelant prouve assurément sa propension à la violence et soit préjudiciable, il était, dans les circonstances particulières de la présente affaire, admissible pour le motif que j'ai exposé.

L'appelant avait certes droit à un procès équitable ainsi qu'à l'exclusion de la preuve présentée à seule fin d'établir son mauvais caractère. Toutefois, ce n'est pas à cette seule fin qu'a été présenté le témoignage de (L.L.). Le droit ne met pas l'appelant à l'abri d'une preuve pertinente que peut présenter le ministère public afin d'établir les circonstances et le cadre dans lesquels les agressions contre (P.A.L.) auraient été commises.

Comme le fait remarquer mon collègue, la seule question qui reste est de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit dans ses directives au jury quant à l'utilisation qui pouvait être faite de cette preuve. Si l'exposé est suffisant à cet égard, ceci clôt le débat. Sinon, y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46?

Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son exposé au jury?

L'omission, de la part du juge du procès, de donner au jury des directives appropriées peut constituer une erreur de droit. Afin de décider si un exposé est insuffisant ou non, il faut garder à l'esprit certaines considérations préliminaires.

En premier lieu, il y a lieu de se rappeler l'observation du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, à la p. 285:

Il n'y a pas lieu de disséquer les directives au jury et d'en examiner chaque élément comme s'il s'agissait d'une plante ou d'un animal dans une expérience de laboratoire.

Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'a confirmé dans l'arrêt *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39, à la p. 45, l'exposé du juge «doit être

and be examined in the light of what was effectively conveyed to the jurors.” (See also *R. v. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417 (Ont. C.A.), at p. 436).

Second, in examining the charge and its possible effect on the jury, the court is entitled to assume that juries are both reasonable and intelligent. In this regard, I would repeat the words of Dickson C.J. in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 692:

In my view, it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system. The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. [Emphasis in original.]

In light of these remarks, I refer to the relevant portion of the charge to the jury. The trial judge commented as follows:

It is a fundamental principle of criminal law that the evidence as to one count in the indictment cannot be used to prove the guilt of an accused person on another count. For example, an accused may be charged in one count with the offence of theft and in another count with the offence of assault. Both incidents may have occurred at different times or involve different victims. In that situation, it would be wrong to use the evidence relating to the offence of theft in determining whether the accused was guilty of assault. . . .

In the present case, [F.F.B.] is charged with six counts covering four different offences. There are two counts of each of two of those offences and two counts of other offences. When considering the evidence, do not use the evidence as to one count to try to prove guilt on another count. And when examining the evidence as to one count, you should not conclude that Mr. [F.F.B.] is a person whose character or disposition is such that he likely committed the offence described in any of the other counts of the indictment. [Emphasis added.]

considéré dans son ensemble et ses propos examinés dans le contexte du message effectivement transmis aux jurés.» (Voir également *R. c. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417 (C.A. Ont.), à la p. 436).

En second lieu, en examinant l'exposé et l'effet qu'il a pu avoir sur le jury, la cour est en droit de présumer que les jurés sont des gens à la fois raisonnables et intelligents. À cet égard, je reprend les propos du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 692:

Selon moi, on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys. Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. [Souligné dans l'original.]

Compte tenu de ces observations, je me reporte à la partie pertinente de l'exposé au jury. Le juge du procès s'est exprimé comme suit:

[TRADUCTION] En droit criminel, il existe un principe fondamental selon lequel la preuve présentée à l'égard d'un chef d'accusation ne peut servir à établir la culpabilité de l'accusé relativement à un autre chef. Il se peut, par exemple, que l'accusé soit inculpé de vol dans un chef et de voies de fait dans un autre. Les deux incidents peuvent s'être produits à des moments différents ou avoir fait des victimes différentes. Dans ce cas, il serait erroné d'utiliser la preuve relative à l'infraction de vol pour décider si l'accusé était coupable de voies de fait. . . .

En l'espèce, six chefs d'accusation faisant état de quatre infractions différentes ont été portés contre [F.F.B.]. Deux des infractions font l'objet de deux chefs d'accusation chacune, et les deux autres chefs se rapportent aux deux autres infractions. Lorsque vous examinerez les éléments de preuve, n'utilisez pas la preuve relative à un chef pour essayer de prouver la culpabilité à l'égard d'un autre chef. Et au moment d'examiner la preuve relative à un chef, vous ne devriez pas conclure qu'en raison de sa moralité ou de sa propension, M. [F.F.B.] est une personne susceptible d'avoir commis l'infraction décrite dans l'un des autres chefs de l'acte d'accusation. [Je souligne.]

Reading the charge as a whole, I cannot conclude that the jury was inadequately instructed concerning the applicable principles, nor that they were incapable of understanding the instructions given them. The trial judge instructed the jury that evidence of one offence could not be used to prove another offence, and that the evidence should not be used to draw conclusions about F.F.B.'s character or disposition. I believe it is noteworthy that the jury did not find the accused guilty of all six charges on the Bill of Indictment, but rather acquitted the accused of the charge related to procuring a miscarriage (s. 237(1) of the *Criminal Code*). If the jury had found the accused guilty on all charges, I would not necessarily conclude that the jury had used the evidence of L.L. improperly. However, the fact that the jury did not convict on all grounds supports the conclusion that the jury understood the principles of law, that they properly followed the instructions of the trial judge, and that they found the accused guilty of specific charges based solely on the evidence before them.

Although the instructions could have been more explicit, in the totality of the circumstances of this case, the directions given were adequate. One such circumstance of particular importance was the defence counsel's own use of the evidence in question.

Tactics of Defence Counsel

Defence counsel did not object to L.L.'s evidence, nor to the instructions given to the jury. The trial judge provided an opportunity for counsel to voice any objections to both evidence and instructions. Though defence counsel did in fact raise several objections throughout the trial, he specifically did not raise objections concerning L.L.'s evidence or the related portion of the instructions to the jury.

I am not suggesting that failure to object at trial will preclude counsel from alleging on appeal that

Compte tenu de l'exposé dans son ensemble, je ne puis conclure que le jury n'a pas reçu les directives appropriées au sujet des principes applicables, ni qu'il était incapable de comprendre les directives qui lui ont été données. Le juge du procès a dit au jury que la preuve d'une infraction ne pouvait pas servir à prouver une autre infraction, et que la preuve ne devait pas servir à tirer des conclusions quant à la moralité ou à la propension de F.F.B. Il convient, je crois, de noter que le jury n'a pas déclaré l'accusé coupable relativement à chacun des six chefs contenus dans l'acte d'accusation, mais qu'il l'a au contraire acquitté de l'accusation d'avoir procuré un avortement (par. 237(1) du *Code criminel*). Si le jury avait reconnu l'accusé coupable relativement à toutes les accusations, je ne conclurais pas forcément qu'il a fait un mauvais usage du témoignage de L.L. Cependant, le fait qu'il n'ait pas condamné l'accusé relativement à toutes les accusations permet de conclure que les membres du jury ont compris les principes de droit applicables, qu'ils ont bien suivi les directives du juge du procès et que c'est en se fondant uniquement sur la preuve dont ils disposaient qu'ils ont déclaré l'accusé coupable quant à des accusations précises.

Quoiqu'elles auraient pu être plus explicites, les directives données étaient appropriées compte tenu de l'ensemble des circonstances de cette affaire. L'une des circonstances à laquelle on doit attacher une importance particulière est l'usage que l'avocat de la défense a lui-même fait de la preuve dont il est ici question.

Les tactiques de l'avocat de la défense

L'avocat de la défense ne s'est opposé ni au témoignage de L.L., ni aux directives données au jury, malgré l'occasion que lui a fournie à cette fin le juge du procès. Bien que l'avocat de la défense ait, au cours du procès, soulevé diverses objections, il ne s'est pas spécifiquement opposé au témoignage de L.L., ni à la partie des directives au jury s'y rapportant.

Je ne prétends pas que le défaut de l'avocat de soulever une objection lors du procès l'empêche

an error was made. Mere silence of counsel cannot displace the right of an accused to a fair trial. However, it is important to consider the reasons for counsel's failure to raise any objection to L.L.'s evidence. In this regard, the comments of Arnup J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Guenot, Kocsis and Lukacs* (1979), 51 C.C.C. (2d) 315, at p. 320, are apposite:

No slip or mistake of counsel should be permitted to bring about a miscarriage of justice, but on the other hand in considering the weight of the position taken in this Court with respect to an alleged omission on the part of the trial Judge of the kind mentioned we think we are quite entitled to take into consideration the position which was deliberately and forcefully taken by counsel for that appellant at the trial.

Counsel for the defence not only failed to object to the evidence of L.L., but also used it to illustrate that the allegations were so heinous as to be improbable. In the closing address to the jury, counsel specifically referred to this evidence, and stated that "[t]he accusations against (F.F.B.) have to be viewed in the light of all of these circumstances". Counsel went on to say:

It is almost as if the Crown witnesses would want you to believe . . . that for ten years of Mr. [F.F.B.]'s 55 years of life, he was some sort of man who took on subhuman proportions and I suggest to you that that's highly unlikely.

The failure to object was neither accidental or inadvertent. Counsel was not simply caught off guard, but had a specific strategy. This is clear in comments made by defence counsel to the Justices of the Nova Scotia Court of Appeal, as cited in the reasons for judgment of Chipman J.A., at p. 250:

But, you know, it's one of those things when you're doing the trial, sometimes the more absurd it sounds, I mean, we were in a difficult situation. We had—

Justice Jones: No question about that.

d'alléguer, en appel, qu'une erreur a été commise. Le seul silence de son avocat ne saurait priver l'accusé de son droit à un procès équitable. Cependant, il importe de prendre en considération les raisons pour lesquelles l'avocat ne s'est pas opposé au témoignage de L.L. À cet égard, les commentaires du juge Arnup de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Guenot, Kocsis and Lukacs* (1979), 51 C.C.C. (2d) 315, à la p. 320, sont pertinents:

[TRADUCTION] On ne saurait permettre qu'une erreur judiciaire résulte de l'oubli ou de l'erreur d'un avocat, mais d'un autre côté, compte tenu de l'importance du point de vue adopté devant notre cour à l'égard du genre d'omission reprochée au juge du procès, nous estimons que nous sommes parfaitement en droit de prendre en considération la position que l'avocat de l'appelant a délibérément et énergiquement adoptée au procès.

Non seulement l'avocat de la défense ne s'est-il pas opposé au témoignage de L.L., mais il s'en est servi pour montrer que les allégations qu'il contenait étaient odieuses au point d'être invraisemblables. Dans ses remarques finales au jury, l'avocat s'est reporté précisément à cette preuve, affirmant que les [TRADUCTION] «accusations pesant contre (F.F.B.) doivent être considérées à la lumière de toutes les circonstances». Il a poursuivi en ces termes:

[TRADUCTION] C'est presque comme si les témoins à charge voulaient vous faire croire [...] que, pendant dix des 55 années de sa vie, M. [F.F.B.] a été en quelque sorte un être moins qu'humain, et je vous dis que cela est très invraisemblable.

L'absence d'objection n'a été ni accidentelle ni fortuite. Loin d'être simplement pris au dépourvu, l'avocat avait au contraire une stratégie précise. Cela ressort clairement des observations qu'il a faites devant les juges de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et que le juge Chipman cite dans ses motifs, à la p. 250:

[TRADUCTION]

Mais, vous savez, au procès, parfois plus cela paraît absurde, je veux dire, nous étions dans une situation difficile. Nous avions—

Le juge Jones: Cela ne fait pas de doute.

Mr. Coady:—a complainant and we had corroboration.

M^e Coady:—une plaignante et nous avons de la corroboration.

Justice Hallett: Yes, (T.), (D.).

Le juge Hallett: Oui, (T.), (D.).

Mr. Coady: (T.). In my mind, the evidence of (T.B.), was, it carried the day. I think his evidence was very important. He was one of the best witnesses that the Crown could ever hope to have and that . . . so it became a situation where, to some degree, the more bizarre, the more heinous and the more absurd that the allegations in totality were, probably the greater it fed any possible hope that we had for reasonable doubt and they were given great rein by not objecting and they were cross-examined at length about it and it was focused on.

M^e Coady: (T.). À mon avis, le témoignage de (T.B.) l'emportait. Je crois que son témoignage était très très important. C'était l'un des meilleurs témoins que la poursuite pouvait espérer et [. . .] on en est venu à une situation où, dans une certaine mesure, plus les allégations faites étaient, dans leur ensemble, bizarres, odieuses et absurdes, plus grand était notre espoir de soulever un doute raisonnable; l'absence d'objection leur laissait tout le champ libre, le contre-interrogatoire a été serré à ce propos et l'accent a été mis là-dessus.

Now, that obviously it wasn't sufficient to erode the conclusion of the Jury, but I just leave it with you. It's one of those things, it's a judgment call you make during the trial when you're in a tough situation.

Maintenant, il est évident que cela n'a pas été suffisant pour miner la conclusion du jury, mais je sou mets simplement cela à votre appréciation. C'est l'un de ces éléments. C'est un appel à votre jugement que vous faites pendant le procès lorsque vous êtes dans une situation difficile.

Justice Hallett: At that point in time, you felt that (F.F.B.) was in great jeopardy of being found guilty, even before (L.L.) was called.

Le juge Hallett: À ce moment-là, vous estimiez que (F.F.B.) risquait fort d'être déclaré coupable, même avant que (L.L.) ne soit appelé à témoigner.

Mr. Coady: No question about that.

M^e Coady: C'est bien cela.

Counsel was of the opinion that the evidence of T.B. "carried the day", and attempted to make strategic use of the evidence of L.L. to raise a reasonable doubt. The Court is entitled to consider this strategy in determining whether or not there was an error in the instructions to the jury. Given that the failure to object was strategic, that counsel was given a full opportunity to object or to make suggestions as to the instructions, and the wording of the judge's address to the jury which I outlined earlier, I conclude that the instructions to the jury were adequate.

L'avocat a estimé que le témoignage de T.B. «l'emportait», et il a tenté de faire un usage stratégique du témoignage de L.L. pour soulever un doute raisonnable. La Cour est donc en droit de prendre cette stratégie en considération pour décider si les directives au jury comportaient une erreur. Étant donné le caractère stratégique du défaut de l'avocat de soulever une objection, l'occasion qu'il a pleinement eue de s'opposer ou de présenter des observations quant aux directives, ainsi que la formulation de l'exposé du juge au jury, que j'ai souligné précédemment, je conclus que les directives données aux jurés étaient appropriées.

However, even if I were wrong in my conclusion as to the adequacy of the instructions, I would without hesitation apply s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to remedy any defect.

Toutefois, même si ma conclusion quant au caractère suffisant des directives était erronée, j'appliquerais sans hésiter le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour remédier à tout défaut.

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*

The curative provision of the *Criminal Code* reads as follows:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; [Emphasis added.]

There is no dispute as to the relevant test under this section. The test was set out by this Court in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 756. Here, Spence J. stated the rule as follows:

If there is any possibility that twelve reasonable men, properly charged, would have a reasonable doubt as to the guilt of the accused, then this Court should not apply the provisions of [s. 686(1)(b)(iii)] to affirm a conviction.

Cartwright J. clarified the burden involved at p. 744:

... once error in law has been found to have occurred at the trial, the onus resting upon the Crown is to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred.

The Court must ask whether a properly instructed and reasonably acting jury would have necessarily arrived at the same conclusion. If this question can be answered in the affirmative, then there has been no substantial wrong, no miscarriage of justice, and the Court may affirm the conviction. To decide whether there has been a miscar-

Le sous-alinéa 686(1)b)(iii) du *Code criminel*

La disposition réparatrice du *Code criminel* est ainsi conçue:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel:

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit; [Je souligne.]

Le critère applicable en vertu de cette disposition n'est pas contesté. Il a été énoncé par notre Cour dans l'arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, à la p. 756. Le juge Spence résume ainsi la règle:

[TRADUCTION] S'il y a la moindre possibilité que douze personnes raisonnables, ayant reçu des directives appropriées, aient un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé, alors notre Cour ne doit pas appliquer le sous-al. 686(1)b)(iii)] pour confirmer la déclaration de culpabilité.

Le juge Cartwright clarifie, à la p. 744, le fardeau de preuve dont il est question:

[TRADUCTION] ... une fois que l'on a jugé qu'il y a eu erreur de droit au procès, il incombe à la poursuite d'établir à la satisfaction de la Cour que le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite.

La Cour doit se demander si un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon raisonnable serait nécessairement arrivé à la même conclusion. Si l'on peut répondre par l'affirmative, c'est qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire ou déni de justice grave ne se sont produits, et la Cour peut confirmer la déclaration de

riage of justice, the Court must examine the case in its totality. As McIntyre J. stated in *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233, at p. 240:

It is not every error which will result in a miscarriage of justice, the very existence of the proviso to relieve against errors of law which do not cause a miscarriage of justice recognizes that fact.

It is thus critical to consider all the evidence that was available to the jury. There was, of course, the evidence of P.A.L. She told a nightmarish story of physical and sexual abuse. She spoke of sexual molestation as a child, of forcible rape at 10 years of age, and of being rushed to the hospital because of the resulting haemorrhaging. She told of the appellant grinding her face into the ground with his foot, holding her head under the water in a bathtub and threatening to bury her with her dead brother, cutting her legs with knives, burning her with cigarettes and cigarette lighters. She told of having a broken bottle stabbed into her leg, and silence and compliance obtained through threats to burn down the house and kill her family, of giving birth twice before the age of 16.

This disturbing evidence was supported by other witnesses. T.B. saw the accused have intercourse with P.A.L. when she was 16. D.M.L. confirmed seeing the accused smash P.A.L.'s face into the side of a car. She also was a witness to years of sexual abuse:

A. ... I remember seeing on occasions, [F.F.B.] come in our bedroom and have intercourse with [P.A.L.]. I remember [P.A.L.] saying no, no. He never said an awful lot. He just did as he felt like. I did pretend I was asleep at the time. I didn't ... I was only young too. I never told [P.A.L.] until later on in the years that I did know this, because I felt ... I couldn't say anything to my mother about it, in fear and I felt too, that I was ... I felt bad because I couldn't say anything. I felt that I was doing [P.A.L.] an injustice at the

culpabilité. Pour décider s'il y a eu déni de justice, la Cour doit examiner l'affaire dans son ensemble. Comme le souligne le juge McIntyre dans l'arrêt *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233, à la p. 240:

On ne peut pas dire que toute erreur est une erreur judiciaire; d'ailleurs l'existence même de la disposition pour remédier aux erreurs de droit qui ne causent pas une erreur judiciaire reconnaît ce fait.

Il est donc crucial d'examiner l'ensemble de la preuve dont disposait le jury. Il y avait naturellement le témoignage de P.A.L. Elle a raconté une histoire cauchemardesque d'agressions physiques et sexuelles. Elle a parlé d'attentats à la pudeur quand elle était enfant, de viol à l'âge de 10 ans et de son hospitalisation pour l'hémorragie qui en a résulté. Elle a raconté que l'appelant lui avait écrasé le visage contre le sol avec son pied, qu'il lui avait maintenu la tête sous l'eau dans une baignoire et qu'il avait menacé de l'enterrer avec son frère décédé, qu'il lui avait lacéré les jambes avec des couteaux et l'avait brûlée avec des cigarettes et des briquets. Elle a parlé de la bouteille cassée qu'il lui a enfoncée dans la jambe, du silence et de la soumission qu'il obtenait en menaçant de brûler la maison et de tuer les membres de sa famille, des deux enfants auxquels elle avait donné naissance avant d'avoir atteint l'âge de 16 ans.

D'autres témoins sont venus étayer ce témoignage troublant. T.B. a vu l'accusé avoir des rapports sexuels avec P.A.L. alors que celle-ci était âgée de 16 ans. D.M.L. a confirmé avoir vu l'accusé frapper la tête de P.A.L. contre une voiture. Pendant des années, elle a également été témoin des agressions sexuelles:

[TRADUCTION]

R. [...] je me souviens avoir vu, à l'occasion, [F.F.B.] venir dans notre chambre et avoir des rapports avec [P.A.L.]. Je me souviens que [P.A.L.] disait non, non. Il ne parlait jamais beaucoup. Il faisait simplement ce qu'il voulait. Je faisais semblant de dormir à l'époque. Je ne ... J'étais jeune aussi. Ce n'est que beaucoup plus tard que j'ai dit à [P.A.L.] que je le savais, parce que je me sentais ... Je ne pouvais rien dire à ma mère à ce sujet, j'avais peur et aussi j'avais l'impression que j'étais ... Je me sentais mal parce que

time, because I didn't want it happening to me. So, I pretended I was snoring and not seeing anything, it wouldn't happen to me.

Q. You mentioned you were young. How old were you when you . . . When you remember this, how old do you feel you were?

A. I was around ten, eleven.

Q. Can you remember how often it happened?

A. It happened, well it happened quite often, but I wasn't always awake either, I wouldn't think, but it happened quite often. I mentally in my head, tried to block it out, but I found it hard sleeping at night, knowing what was going on.

Q. Do you know how long it continued?

A. It continued right up until he left.

There was the evidence from Mrs. L. which corroborated elements of both P.A.L.'s and T.B.'s testimony. Mrs. L. also told of breaking the lock on a cabinet belonging to the accused, and finding items which belonged to P.A.L. but which had gone missing. There was evidence of P.A.L.'s two pregnancies, and hospital records verifying the internal injuries sustained by P.A.L. when she, according to the accused, fell on a stick. There were remaining scars on her body which provided additional evidence of physical abuse.

It is in the context of all this evidence, that we must consider the evidence of L.L. He gave evidence of being beaten, hung from the bannister by a rope, deprived of food, burned with cigarettes, locked outside in the winter wearing only shorts, tied up and locked in a small dark room, made to stand naked in the corner, of violent games played with knives and hammers. It should be noted that this evidence, as outrageous and unbelievable as it seems, was supported by the evidence of the other witnesses. T.B. testified that the accused had burned the children with cigarettes, and carved his initials into the children's hands with razor blades. D.M.L. told of the violent games with knives and straps, of children locked in dark rooms, of stand-

je ne pouvais rien dire. J'avais l'impression à cette époque de commettre une injustice envers [P.A.L.], parce que je ne voulais pas que cela m'arrive. Donc, je faisais semblant de ronfler et de ne rien voir, pour qu'il ne m'arrive rien.

Q. Vous avez dit que vous étiez jeune. Quel âge aviez-vous quand vous . . . Selon votre souvenir, quel âge pensez-vous que vous aviez?

R. J'avais autour de dix, onze ans.

Q. Vous rappelez-vous si cela arrivait souvent?

R. Bien, cela arrivait assez souvent, mais je n'étais pas toujours éveillée non plus, je crois, mais cela arrivait assez souvent. Dans ma tête, j'essayais de ne pas y penser, mais j'avais de la difficulté à dormir le soir, sachant ce qui se passait.

Q. Savez-vous combien de temps cela a duré?

R. Cela a duré jusqu'à ce qu'il parte.

Il y avait le témoignage de M^{me} L. qui corroborait des éléments du témoignage de P.A.L. et de celui de T.B. Madame L. a parlé aussi d'un meuble appartenant à l'accusé, dont elle avait brisé la serrure pour y trouver des effets de P.A.L. qui avaient disparu. Il y avait des éléments de preuve concernant les deux grossesses de P.A.L., ainsi que des dossiers hospitaliers confirmant les blessures internes qu'elle avait subies lorsque, d'après l'accusé, elle était tombée sur un bâton. Son corps portait encore des cicatrices, ce qui constituait une preuve additionnelle des agressions physiques subies.

C'est en fonction de toute cette preuve qu'il nous faut examiner le témoignage de L.L. Celui-ci a témoigné avoir été battu, pendu à une rampe au moyen d'une corde, privé de nourriture, brûlé avec des cigarettes, jeté dehors l'hiver vêtu seulement d'un caleçon, attaché et enfermé dans une petite pièce noire, forcé de se tenir debout nu dans un coin; il a aussi parlé de jeux violents avec des couteaux et des marteaux. Soulignons que ce témoignage, aussi choquant et incroyable soit-il, a été appuyé par celui d'autres témoins. T.B. a témoigné que l'accusé avait brûlé les enfants avec des cigarettes et qu'il s'était servi de lames de rasoir pour graver ses initiales dans leurs mains. D.M.L. a parlé de jeux violents avec des couteaux et des

ing naked in the corner. She told of the accused's threatening to kill her if she spoke of these things. W.L. spoke of the violent environment, of the control exerted over the children by the appellant, of children hung on coat hooks by their belts, of scars on his arm where the appellant had carved his initials.

This evidence did not paint the appellant in an attractive light, but it was highly relevant to help explain the atmosphere in which the offences against P.A.L. took place. The totality of evidence in this case produces a strong sense of moral revulsion, and it would not be surprising if the jury were to conclude that the appellant was in fact a bad person. Such a conclusion does not, in itself, create a problem. The problem arises where a jury uses this conclusion to make the further conclusion, in the absence of evidence of guilt, that the accused is guilty because he is the type to do such atrocious acts.

It should be clear from the above that this is not a case where the jury was required to make a finding with a limited amount of evidence. On the contrary, the evidence presented against the accused was overwhelming. Defence counsel had good reason to fear that his client was in great jeopardy of being found guilty. Even had the evidence of L.L. been excluded completely, the remaining evidence was so compelling as to necessitate that a jury, properly instructed and acting reasonably, would return a finding of guilt. There was no room here for any doubt.

After considering all the evidence presented, I can say unequivocally that no jury, properly instructed and acting reasonably, could possibly have acquitted the accused. As McIntyre J. wrote in *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, at p. 855, "[t]he errors alleged lose their significance in the face of this inevitable conclusion." I would reiterate my observation in *R. v. Nygaard*, [1989] 2 S.C.R. 1074, that where the result of a re-trial

sangles, d'enfants enfermés dans des chambres noires, de moments passés debout nus dans un coin. Elle a dit que l'accusé avait menacé de la tuer si elle parlait de ces choses. W.L. a parlé de la violence du milieu, de la domination que l'appellant exerçait sur les enfants, des enfants qu'il suspendait par la ceinture aux portemanteaux, des cicatrices qu'il avait au bras là où l'appellant avait gravé ses initiales.

Ces témoignages ne montrent certes pas l'appellant sous un jour favorable, mais ils sont fort pertinents pour aider à comprendre le climat dans lequel les infractions dont a été victime P.A.L. ont été commises. L'ensemble de la preuve dans cette affaire suscite un sentiment aigu de dégoût moral, et il ne serait pas étonnant que le jury ait pu conclure que l'appellant était effectivement une mauvaise personne. Une telle conclusion ne pose pas, en soi, de difficulté. Le problème survient lorsque le jury se sert de cette conclusion pour tirer, en l'absence de preuve de culpabilité, une conclusion additionnelle que l'accusé est coupable parce qu'il est le genre de personne susceptible d'accomplir des actes aussi atroces.

Il devrait ressortir clairement de ce qui précède qu'il ne s'agit pas d'un cas où le jury devait tirer une conclusion à partir de peu d'éléments de preuve. Au contraire, la preuve présentée contre l'accusé était accablante. L'avocat de la défense avait de bonnes raisons de croire que son client risquait fort d'être reconnu coupable. Même si le témoignage de L.L. avait été écarté entièrement, les autres éléments de preuve étaient à ce point convaincants qu'un jury, ayant reçu les directives appropriées et agissant de façon raisonnable, aurait nécessairement prononcé un verdict de culpabilité. Il n'y avait pas de place pour le doute ici.

Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, je puis affirmer catégoriquement qu'il n'y avait pas la moindre possibilité qu'un jury, ayant reçu les directives appropriées et agissant de façon raisonnable, acquitte l'accusé. Comme l'a affirmé le juge McIntyre dans l'arrêt *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, à la p. 855, «[l]es erreurs alléguées perdent leur importance devant cette conclusion inévitable.» Je reprendrais ici l'observation que

will necessarily be the same, a new trial is not in the best interests of the administration of justice. No substantial wrong or miscarriage of justice has occurred in this case. The result of a re-trial would necessarily be the same, and it cannot be said that the accused has been deprived of his right to a fair trial. It is thus just and appropriate for this Court to apply the curative provisions of the *Code*.

For these reasons, I find myself startled that, after remarking, at p. 737, that "the evidence was not so overwhelming that the jury would have inevitably convicted the appellant"; my colleague concludes, at p. 737, that "this is not an appropriate case to invoke the curative provision". Quite frankly, if the curative provision cannot be applied here, I do not know where it can be applied. The weight of evidence in this case is staggering. To refuse to apply the provision in these circumstances is to render the curative provision impotent and enfeeble the meaning of the word "justice". This Court must give substance to the term "miscarriage of justice". Justice requires that all fairness be accorded an accused, but where, as in this case, the accused has in fact been treated with fairness, justice also requires a consideration of the public interest.

The Court cannot be blind to the ramifications of sending this matter back for re-trial. Apart from the time and expense to the public purse in terms of courts, prosecutors and defence lawyers, the complainant and her family have already lived through an experience of unspeakable violence as well as the trauma of a trial. A new trial will require them to once again re-live experiences that should not be experienced even once. Given that there was no miscarriage of justice in the first trial, this would be more than "regrettable". In the circumstances of this case, a new trial would itself, in my view, be a miscarriage of justice, the very type of miscarriage that the curative provision of the *Code* was meant to prevent.

j'ai faite dans *R. c. Nygaard*, [1989] 2 R.C.S. 1074, soit que, dans le cas où le résultat d'un nouveau procès sera nécessairement le même, un nouveau procès n'est pas dans l'intérêt de l'administration de la justice. Il n'y a eu en l'espèce aucun tort important ni aucun déni de justice grave. Le résultat d'un nouveau procès serait nécessairement le même et on ne saurait prétendre que l'accusé a été privé de son droit à un procès équitable. En conséquence, il est juste et approprié que notre Cour applique les dispositions réparatrices du *Code*.

Pour ces motifs, je m'étonne qu'après avoir remarqué, à la p. 737, que «la preuve n'était pas à ce point accablante que le jury aurait forcément déclaré l'appelant coupable», mon collègue conclut, à la p. 737, qu'«il ne convient pas en l'espèce d'invoquer la disposition réparatrice.» Franchement, si la disposition réparatrice ne peut s'appliquer ici, je ne vois pas dans quel cas elle le pourra. La preuve, en l'espèce, est renversante. Refuser d'appliquer la disposition réparatrice dans ces circonstances revient à lui faire perdre tout effet et à affaiblir le sens du mot «justice». Notre Cour doit donner un contenu à l'expression «déni de justice». La justice exige que l'accusé soit traité en toute équité, mais dans le cas où, comme en l'espèce, l'accusé a été effectivement traité avec équité, la justice exige aussi qu'on tienne compte de l'intérêt public.

La Cour ne saurait fermer les yeux sur les répercussions possibles d'un nouveau procès. Outre le temps consacré et les deniers publics dépensés au titre des procédures judiciaires des avocats de la poursuite et de la défense, la plaignante et sa famille ont déjà vécu une expérience d'une violence indescriptible, à laquelle s'est ajouté le traumatisme d'un procès. Un nouveau procès les obligerait à revivre des expériences qu'on souhaiterait n'avoir jamais vécues ne serait-ce qu'une seule fois. Étant donné l'absence de déni de justice au cours du premier procès, ceci serait plus que «regrettable». Dans les circonstances de la présente affaire, un nouveau procès constituerait en soi un déni de justice, le type même d'erreur que la disposition réparatrice du *Code* vise à prévenir.

Since writing these reasons, I have had occasion to read those of the Chief Justice. I agree with his observation that the key issue before the Court is to determine whether or not the curative provision should apply, and that the exercise (at p. 706)

must be conducted with respect for the function of the jury, whose role it is to determine what evidence of which witnesses they accept, the weight it should be accorded and, in the final analysis, whether there exists a reasonable doubt about the guilt of the accused.

The law is well settled, as the Chief Justice notes, at p. 710, that determinations as to credibility of witnesses, and the weight to be given to the evidence "are matters which the law, justice and the public interest require to be entrusted to a properly instructed jury." My reasons do not depart from these principles.

I totally disagree with the Chief Justice that the case essentially turns on credibility. In most if not all cases, a jury must make determinations on credibility, but there is nothing here to suggest that credibility was more or less of an issue than in any other case. The issue before us is not one of credibility, but is rather of weighing the evidence in its totality.

With respect, I believe that the Chief Justice misinterprets my comments concerning the morally repugnant nature of the evidence in this case. The law is clear that a jury should be instructed not to use evidence of propensity as evidence of guilt. However, my comments do not concern the instructions to be given by a trial judge to a jury, but rather, the task facing an appellate court. This task is not to consider what the jury may or may not have thought, but to examine whether the entire body of evidence before the jury was such that the court can be satisfied that a properly instructed and reasonably acting jury would reach the same conclusion. The presence of such evidence is thus crucial to a determination that the curative provision can be properly applied. In my view, the evidence before the Court in the present

Depuis que j'ai écrit ces motifs, j'ai pris connaissance de ceux du Juge en chef. Je suis d'accord avec son observation que la question clé dont est saisie notre Cour est de savoir s'il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice, et que cela (à la p. 706)

doit se faire en toute déférence pour la fonction de jury qui consiste à déterminer quelles dépositions de quels témoins il accepte, quel poids il y a lieu de leur accorder et, en définitive, s'il existe un doute raisonnable au sujet de la culpabilité de l'accusé.

Comme le souligne le Juge en chef, à la p. 710, il est bien établi en droit que les décisions quant à la crédibilité des témoins et quant au poids à accorder à la preuve sont «des questions qui, d'après les exigences du droit, de la justice et de l'intérêt public, doivent être soumises à l'appréciation d'un jury qui a reçu des directives appropriées.» Mes motifs ne dérogent pas à ces principes.

Je ne partage absolument pas l'avis du Juge en chef que cette cause en est une qui repose essentiellement sur une question de crédibilité. Dans la plupart, si ce n'est dans la totalité, des cas, un jury doit se prononcer sur la crédibilité, mais rien ne porte à croire qu'ici la crédibilité était plus en cause que dans toute autre affaire. La question litigieuse dont nous sommes saisis en est une non pas de crédibilité mais plutôt d'appréciation de la preuve dans son ensemble.

En toute déférence, je crois que le Juge en chef n'interprète pas correctement mes observations en ce qui concerne le sentiment de dégoût moral que suscite la preuve en l'espèce. Il est clairement établi en droit qu'il y a lieu de dire au jury qu'il ne doit pas se servir d'une preuve de propension comme preuve de culpabilité. Cependant, mes observations portent non pas sur les directives qu'un juge du procès doit donner au jury, mais plutôt sur la tâche qui incombe à une cour d'appel. Cette tâche consiste non pas à se demander ce que le jury peut avoir pensé ou non, mais à examiner si l'ensemble de la preuve dont était saisi le jury est de nature à convaincre la cour qu'un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement, arriverait à la même conclusion. La présence d'une telle preuve est donc cruciale pour

case is such that the curative provision should apply.

In the result, I would dismiss the appeal.

The judgment of Iacobucci and Sopinka JJ. was delivered by

IACOBUCCI J.—This appeal deals primarily with two questions: the rule of evidence which excludes evidence of an accused's bad character, and the adequacy of the trial judge's charge to the jury with respect to evidence that tends to show an accused's bad character.

I. Facts

F.F.B., the appellant, is the uncle of P.A.L., the complainant. The appellant lived with his sister E.L.'s family during the fifties and sixties in Nova Scotia. Mr. and Mrs. L. were rarely at home and F.F.B. was responsible for the care of the L.'s twelve children. P.A.L. testified that the appellant began abusing her physically and sexually when she was six to eight years old and continued to do so until she was sixteen, at which time the appellant left the L. household. P.A.L. testified that the sexual abuse began with kissing, escalated to sexual touching and culminated in sexual intercourse when she was ten years old.

The first incident of sexual intercourse allegedly resulted in P.A.L.'s hospitalization for twelve days with serious internal bleeding; she and the appellant both related at the time that she had injured herself while playing on the bannister of the front veranda. P.A.L. testified that a month after her return from the hospital, the appellant commenced to have sexual intercourse with her daily. P.A.L. gave birth to two sons at ages fifteen and sixteen, allegedly as a result of the sexual abuse by the appellant. Stories were apparently fabricated as to how these pregnancies occurred. P.A.L. was a shy person who had little contact outside the home; she

décider que la disposition réparatrice peut être proprement appliquée. À mon avis, la preuve dont est ici saisie notre Cour est telle qu'il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice.

En définitive, je rejetterais le pourvoi.

Version française du jugement des juges Sopinka et Iacobucci rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Ce pourvoi porte principalement sur deux questions: la règle de preuve qui exclut la preuve de la mauvaise moralité d'un accusé, ainsi que le caractère adéquat de l'exposé du juge au jury quant à la preuve qui tend à démontrer la mauvaise moralité d'un accusé.

I. Les faits

L'appellant, F.F.B., est l'oncle de la plaignante P.A.L. Pendant les années cinquante et soixante, il a vécu en Nouvelle-Écosse, avec la famille de sa sœur E.L. Monsieur et Madame L. étant rarement à la maison, F.F.B. était chargé de prendre soin de leurs douze enfants. P.A.L. a témoigné que l'appellant avait commencé à l'agresser physiquement et sexuellement vers l'âge de six à huit ans et qu'il avait continué de le faire jusqu'à ce qu'il quitte la maison, alors qu'elle était âgée de seize ans. Elle a expliqué que les agressions sexuelles avaient commencé par des baisers, pour passer ensuite à des attouchements et finalement à des rapports sexuels au moment où elle avait dix ans.

Les premiers rapports sexuels de P.A.L. auraient déclenché une grave hémorragie interne qui a nécessité son hospitalisation pendant douze jours; l'appellant et elle avaient tous deux raconté à l'époque qu'elle s'était blessée en jouant sur la rampe de la véranda à l'avant de la maison. P.A.L. a témoigné qu'un mois après son retour de l'hôpital, l'appellant avait commencé à avoir avec elle des rapports sexuels quotidiens. À l'âge de quinze et de seize ans, elle a donné naissance à deux fils par suite, a-t-on allégué, des agressions sexuelles dont elle avait été victime de la part de l'appellant. On avait apparemment inventé des histoires pour expliquer ces grossesses. Timide, P.A.L. n'avait que peu de contact à l'extérieur du foyer; elle a

testified that the appellant used constant threats and fear to enforce his will on her.

P.A.L. testified that during this period she was also subject to repeated physical assaults. She testified to several specific incidents: that the appellant once pushed her to the ground and stepped on her face; that the appellant seriously cut her leg with a broken milk bottle; that the appellant burned her with a cigarette butt; and that the appellant forced her to consume a bottle of castor oil which resulted in her miscarrying a child. She stated that she bears numerous scars which resulted from this abuse. She also testified that the other children in the household were physically abused and terrorized by the appellant.

In 1964, T.B., an older brother of P.A.L., caught the appellant having sexual intercourse with P.A.L. As a result, the appellant was forced to leave the L.'s household. In 1990, P.A.L. saw the appellant in a store. She testified that she decided then to report the alleged assaults to the police. As a result of this report, the appellant was charged with two counts of rape, three counts of assault, and one count of procuring a miscarriage. The appellant denied that any of the incidents described by P.A.L. occurred.

During the course of the trial, the judge decided on a *voir dire* not to admit the evidence of D.M.L. (the complainant's sister) that she too had been sexually assaulted by the appellant, on the ground that it fell within the similar fact evidence rule and its prejudicial effect was not outweighed by its probative value. However, testimony of the complainant's brothers and sisters was admitted with respect to the violent control that the appellant exerted within the household. The appellant was convicted by a jury on five of the six counts (he was found not guilty of the charge of procuring miscarriage). He was sentenced to a total period of incarceration of 13 years.

The appellant appealed his conviction to the Nova Scotia Court of Appeal on two grounds which were both dismissed. At the conclusion of

déclaré que l'appellant avait constamment recours aux menaces et à la peur pour l'obliger à se plier à sa volonté.

P.A.L. a affirmé que, pendant cette période, elle avait aussi été agressée physiquement à maintes reprises. Elle a mentionné plusieurs incidents précis, notamment que l'appellant l'a déjà poussée au sol et lui a sauté à la figure, qu'il lui a fait une profonde entaille à la jambe avec une bouteille de lait cassée, qu'il l'a brûlée avec un mégot de cigarette et qu'il l'a forcée à boire une bouteille d'huile de castor, ce qui a provoqué un avortement. Elle a affirmé porter de nombreuses cicatrices résultant de ces sévices. Elle a également déclaré que les autres enfants de la maison avaient été maltraités et terrorisés par l'appellant.

En 1964, T.B., un frère aîné de P.A.L., a surpris l'appellant en train d'avoir des rapports sexuels avec elle. À la suite de cette découverte, l'appellant a été obligé de quitter la maison des L. En 1990, P.A.L. l'a aperçu dans un magasin. C'est alors, a-t-elle dit, qu'elle a décidé de rapporter les prétendues agressions à la police. À la suite de cette démarche, l'appellant a fait l'objet de deux chefs d'accusation de viol, trois chefs d'agression et un chef d'avoir procuré un avortement. Il a nié que les incidents décrits par P.A.L. se soient produits.

Au cours du procès, le juge a décidé, après un *voir-dire*, de ne pas admettre le témoignage de D.M.L. (sœur de la plaignante) voulant qu'elle aussi ait été agressée sexuellement par l'appellant, pour le motif qu'il tombait sous le coup de la règle de preuve de faits similaires et que sa valeur probante ne l'emportait pas sur son effet préjudiciable. Toutefois, le témoignage des frères et sœurs de la plaignante a été admis en ce qui a trait à la domination violente qu'exerçait l'appellant au sein du foyer. Celui-ci a été déclaré coupable par un jury quant à cinq des six chefs d'accusation (il a été déclaré non coupable de l'accusation d'avoir procuré un avortement). Il a été condamné à purger une peine totale de 13 ans d'emprisonnement.

L'appellant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse en faisant valoir deux moyens qui ont été

oral argument, the Court of Appeal requested counsel to make further written submissions on two issues that had been raised in oral argument. One of these related to the admissibility of evidence given by P.A.L.'s brother, L.L., and her step-brother, T.B. The appellant sought to have declared inadmissible those parts of L.L.'s and T.B.'s testimony which related to assaults by the appellant on P.A.L.'s siblings. The appellant was not seeking to exclude the evidence of T.B. that he finally discovered the appellant sexually assaulting P.A.L. and drove F.F.B. out of the house. The appellant's appeal on this ground was dismissed, Chipman and Hallett J.J.A. concurring in separate reasons that the testimony of L.L. and T.B. was admissible. Jones J.A. dissented, holding that L.L.'s and T.B.'s evidence was inadmissible since it was too prejudicial in relation to its probative value, and because it did not come within the parameters of the similar fact exception to the rule which excludes evidence of the accused's bad character. The appellant has appealed the judgment of the Nova Scotia Court of Appeal on this point to this Court as of right, under s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

II. Relevant Legislation

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* reads:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction ... the court of appeal

...

(b) may dismiss the appeal where

...

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

Section 691(1)(a) of the *Criminal Code* reads:

rejetés. Au terme des plaidoiries, la Cour d'appel a demandé aux avocats de présenter d'autres observations écrites sur deux questions qui avaient alors été soulevées. L'une se rapportait à l'admissibilité des témoignages du frère de P.A.L., L.L., et de son demi-frère, T.B. L'appelant voulait que soient déclarées inadmissibles les parties de ces témoignages de L.L. et de T.B. relatives aux agressions qu'il aurait commises contre les frères et sœurs de P.A.L. Il ne cherchait pas à faire exclure le témoignage de T.B. voulant que ce dernier l'ait finalement surpris en train d'agresser sexuellement P.A.L. et l'ait expulsé de la maison. Ce moyen d'appel de l'appelant a été rejeté, les juges Chipman et Hallett convenant, dans des motifs distincts, que les témoignages de L.L. et de T.B. étaient admissibles. Le juge Jones, dissident, a conclu que ces témoignages étaient inadmissibles parce qu'ils étaient trop préjudiciables par rapport à leur valeur probante, et qu'ils ne relevaient pas de l'exception, dite des faits similaires, à la règle d'exclusion de la preuve de la mauvaise moralité de l'accusé. L'appelant s'est pourvu de plein droit devant notre Cour à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse sur ce point, conformément à l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Le sous-alinéa 686(1)b)(iii) du *Code criminel* dispose:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité [...] la cour d'appel:

...

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

...

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

L'alinéa 691(1)a) du *Code criminel* dispose quant à lui:

691. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents. . . .

III. Judgments of the Courts Below

1. *Nova Scotia Supreme Court, Trial Division*

As mentioned above, the appellant was convicted by a jury on five of the six counts and sentenced to a total period of incarceration of 13 years. Counsel for the appellant did not object to L.L.'s and T.B.'s testimony at trial and Nathanson J. did not make any ruling concerning the admissibility of that testimony. Neither did Nathanson J. make any reference to the use to which the jury could put L.L.'s and T.B.'s testimony in the charge to the jury.

2. *Nova Scotia Court of Appeal* (1991), 107 N.S.R. (2d) 231

L.L. did not give any testimony which directly corroborated any of the specific allegations made against the appellant by P.A.L. His testimony, and much of T.B.'s, concerned the abuse that they and the other siblings constantly suffered from the appellant. The appellant argued before the Nova Scotia Court of Appeal that this evidence was inadmissible because it tended to establish his bad character and did not fall within the similar fact evidence exception to the rule which excludes evidence of bad character. The appellant also argued that, even if the evidence was admissible, the jury should have been warned about the use to which L.L.'s and T.B.'s testimony could be put. Two judges of the Court of Appeal, Chipman and Hallett J.J.A., dismissed the appellant's appeal in separate opinions. One judge, Jones J.A., dissented and would have allowed the appeal.

691. (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada:

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

III. Les juridictions inférieures

1. *La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section de première instance*

Tel que mentionné précédemment, l'appellant a été déclaré coupable par un jury à l'égard de cinq des six chefs d'accusation et condamné à purger une peine totale de 13 ans d'emprisonnement. L'avocat de l'appellant ne s'est pas opposé, au procès, aux témoignages de L.L. et de T.B. et le juge Nathanson n'a rendu aucune décision quant à leur admissibilité. Le juge Nathanson n'a pas non plus, dans son exposé, dit au jury ce à quoi pouvait servir cette preuve.

2. *La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (1991), 107 N.S.R. (2d) 231

L.L. n'a, dans son témoignage, fait aucune déclaration corroborant directement les allégations précises faites contre l'appellant par P.A.L. Sa déposition et, en bonne partie, celle de T.B., ont porté sur les mauvais traitements qu'eux-mêmes et leurs autres frères et sœurs ont constamment subis de la part de l'appellant. Celui-ci a, devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, fait valoir que cette preuve était inadmissible parce qu'elle tendait à établir sa mauvaise moralité et ne tombaient pas sous le coup de l'exception, dite des faits similaires, à la règle d'exclusion de la preuve de mauvaise moralité. L'appellant a également soutenu que, même si cette preuve était admissible, le jury aurait dû être mis en garde quant à l'utilisation qu'il pouvait faire des témoignages de L.L. et de T.B. Deux juges de la Cour d'appel, les juges Chipman et Hallett, ont, dans des opinions séparées, rejeté l'appel de l'appellant. Le juge Jones, pour sa part, était dissident et aurait accueilli l'appel.

(a) Chipman J.A.

Chipman J.A. was of the opinion that the testimony of L.L. and T.B. was admissible as similar fact evidence. Chipman J.A. held that the test for admissibility of similar fact evidence is that its probative value, in relation to a fact in issue other than the accused's tendency to commit acts such as the offence charged, must outweigh its prejudicial effect. Since the appellant's counsel had not objected to the admissibility of L.L.'s or T.B.'s testimony at trial, the trial judge had not had the opportunity to evaluate explicitly the relevance of the evidence in question and its prejudicial effect. Chipman J.A. felt that it was therefore appropriate for the Court of Appeal to undertake this evaluation. Chipman J.A. held on this issue that the evidence was highly probative in that it established a pattern of dominant behaviour by the appellant which was relevant both to the credibility of the evidence given by P.A.L. (which Chipman J.A. described as "almost incredible") and to why she had waited so long before making a complaint to the police. Both P.A.L.'s credibility and the long delay in coming forward were put in issue at trial by the appellant. Chipman J.A. also held at p. 251 that there was "a degree of distinctiveness, uniqueness and striking similarity between the evidence relating to abuse of the siblings and the abuse which underlies the offences charged against the appellant."

As to the prejudicial effect of the evidence, Chipman J.A. held that it was slight or nonexistent in comparison to the probative value since the evidence put the appellant in a bad light only incidentally. The prejudicial effect of the evidence was further reduced by its contemporaneity with the events narrated by the complainant and by the fact that it did not bear the major burden of proving the Crown's case.

Chipman J.A. held that the evidence had such a high degree of relevance that a warning to the jury not to use the evidence to convict on the basis of a tendency to commit acts such as the offence charged, while desirable, was not necessary. This

a) Le juge Chipman

Le juge Chipman était d'avis que les témoignages de L.L. et de T.B. étaient admissibles à titre de preuve de faits similaires. Selon lui, le critère d'admissibilité de la preuve d'un fait similaire est que sa valeur probante, à l'égard d'un fait en litige autre que la tendance de l'accusé à commettre des actes semblables à l'infraction reprochée, doit l'emporter sur son effet préjudiciable. Étant donné que l'avocat de l'appelant ne s'était pas opposé au procès à l'admissibilité du témoignage de L.L. ou de celui de T.B., le juge du procès n'a pas eu l'occasion d'apprécier explicitement la pertinence de la preuve en question et son effet préjudiciable. Le juge Chipman a estimé qu'il convenait donc que la Cour d'appel le fasse. Sur ce point, il a conclu que la preuve était fort probante en ce qu'elle établissait l'existence chez l'appelant un mode de comportement dominant, qui était pertinent tant en ce qui concerne la crédibilité du témoignage de P.A.L. (qu'il a qualifié de [TRADUCTION] «quasi incroyable») qu'en ce qui a trait aux raisons qui l'ont incitée à attendre si longtemps avant de porter plainte à la police. L'appelant a soulevé au procès les questions de la crédibilité de P.A.L. et du long délai qui s'est écoulé avant qu'elle agisse. Le juge Chipman a également conclu, à la p. 251, qu'il y avait [TRADUCTION] «une particularité et une similarité frappante entre la preuve relative aux mauvais traitements dont auraient été victimes les frères et sœurs et ceux qui sont à l'origine des accusations portées contre l'appelant.»

Quant à l'effet préjudiciable de la preuve, le juge Chipman l'a estimé minime ou inexistant par rapport à sa valeur probante puisque ce n'est qu'indirectement qu'elle montrait l'appelant sous un mauvais jour. L'effet préjudiciable de la preuve était davantage atténué par sa contemporanéité avec les événements relatés par la plaignante et par le fait que ce n'est pas sur elle que reposait la preuve principale de la poursuite.

Le juge Chipman a conclu que la preuve était à ce point pertinente que, bien que cela eût été souhaitable, il n'était pas nécessaire de prévenir le jury de ne pas l'utiliser pour prononcer une déclaration de culpabilité fondée sur la tendance à com-

conclusion with respect to the substantial relevance of the evidence was supported by the fact that the appellant's counsel did not object to it and did not, when given the opportunity, ask the judge to make a further comment on this evidence to the jury.

Finally, Chipman J.A. held at p. 254 that the "evidence pointing to the appellant's guilt is such that I have no doubt but that had appropriate caution been given, the result would necessarily have been the same; verdicts of guilty on the five counts. I would, if necessary, apply s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*."

(b) Hallett J.A.

Hallett J.A. agreed with Chipman J.A.'s disposition of the appeal, at p. 255, but would have found the testimony of L.L. and T.B. admissible "simply because it was relevant and highly probative to explain to the jury how these assaults ... could have occurred and continued over so many years in this crowded household and nothing was ever said." Hallett J.A. wrote at pp. 255-56:

The evidence disclosed that Mr. (L.) was rarely home and Mrs. (L.) was generally at work which left the appellant in charge of these young children. Without the evidence of his cruelty to these captive children and the total domination of them as a result of their fear of him, there is no explanation of why none of the children, including (P.A.L.), ever spoke of what was taking place. It is relevant and probative because without it this horror story, cloaked in secrecy for some 25 years, would not seem credible.

Hallett J.A. held that the rule excluding evidence of bad character did not apply since the evidence had not been adduced solely to show that the appellant had a bad disposition.

(c) Jones J.A., dissenting

Jones J.A. would have ordered a new trial on the grounds that the testimony of L.L. and T.B. was

mettre des actes semblables à l'infraction reprochée. Cette conclusion quant à la grande pertinence de la preuve était justifiée par le fait que l'avocat de l'appellant ne s'y était pas opposé et qu'il n'avait pas, lorsqu'il en avait eu la possibilité, demandé au juge de faire au jury des observations supplémentaires sur cette preuve.

Enfin, le juge Chipman a conclu, à la p. 254, que [TRADUCTION] «la preuve tendant à établir la culpabilité de l'appellant est telle que je n'ai aucun doute que, même si une mise en garde appropriée avait été faite, le résultat aurait nécessairement été le même, soit des verdicts de culpabilité quant aux cinq chefs d'accusation. J'appliquerais, au besoin, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.»

b) Le juge Hallett

Le juge Hallett s'est dit d'accord, à la p. 255, avec la façon dont le juge Chipman a tranché l'appel, mais il aurait conclu à l'admissibilité des témoignages de L.L. et de T.B. [TRADUCTION] «pour la simple raison qu'ils étaient pertinents et fort probants pour ce qui était d'expliquer au jury pourquoi ces agressions ont pu, malgré la promiscuité qui régnait dans cette maison, se produire et continuer pendant tant d'années sans qu'on ne dise rien.» Le juge Hallett a écrit, aux pp. 255 et 256:

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve que M. (L.) était rarement à la maison et que M^{me} (L.) était généralement au travail, ce qui laissait à l'appellant la responsabilité de ces jeunes enfants. Sans la preuve de sa cruauté envers ces enfants captifs et de leur domination totale en raison de la peur qu'ils avaient de lui, rien ne peut expliquer pourquoi aucun d'eux, y compris (P.A.L.), n'a jamais parlé de ce qui se passait. Cette preuve est pertinente et probante parce que, sans elle, cette histoire d'horreur, cachée pendant 25 ans, ne semblerait pas crédible.

Le juge Hallett a estimé que la règle d'exclusion de la preuve de mauvaise moralité ne s'appliquait pas parce que les témoignages n'avaient pas été présentés à seule fin de démontrer le mauvais caractère de l'appellant.

c) Le juge Jones, dissident

Le juge Jones aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que les témoignages de

improperly admitted. Jones J.A. held that this evidence should have been excluded on the ground that it was not similar fact evidence but simply evidence of assaults on L.L. Jones J.A. held that L.L.'s and much of T.B.'s testimony had no relevance to the case and was highly prejudicial as showing bad character. Failure of counsel to object to the evidence did not relieve the trial judge of a duty to exclude it.

Jones J.A. would not have applied s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. Jones J.A. held that the evidence was highly inflammatory and might have affected the minds of the jury adversely. On the other hand, the evidence which was properly admissible was not "so overwhelming that the jury would have convicted on all of the counts."

IV. Issues

There are four issues in this appeal:

1. Did the trial judge err in admitting the evidence given by L.L. and T.B. on the ground that it was oath-helping evidence?

2. Did the trial judge err in admitting the evidence given by L.L. and T.B. on the grounds that the evidence was irrelevant to any issue other than the appellant's character or that its prejudicial value outweighed its probative value?

3. If the evidence was admissible, did the trial judge err in not giving the jury special instructions about the use they could make of L.L.'s and T.B.'s testimony?

4. Even if the trial judge erred in admitting the evidence or in not properly charging the jury, should the appeal be dismissed under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* on the ground that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred?

L.L. et de T.B. ont été admis à tort. Il a conclu que cette preuve aurait dû être exclue parce qu'il s'agissait non pas d'une preuve de faits similaires, mais simplement de la preuve des agressions dont a été victime L.L. Le juge Jones a statué que le témoignage de L.L. et, en bonne partie, celui de T.B. n'avaient aucune pertinence en l'espèce et qu'ils étaient fort préjudiciables du fait qu'ils établissaient la mauvaise moralité. Quant à l'omission de l'avocat de s'opposer à cette preuve, elle n'a pas dégagé le juge du procès de l'obligation de l'exclure.

Le juge Jones n'aurait pas appliqué le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*. Il a estimé que cette preuve était extrêmement incendiaire et qu'elle aurait pu influencer négativement les jurés. En revanche, la preuve légitimement admissible n'était pas [TRADUCTION] «à ce point accablante que le jury aurait rendu un verdict de culpabilité quant à tous les chefs.»

IV. Les questions en litige

Il y a quatre questions en litige dans ce pourvoi:

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant les témoignages de L.L. et de T.B., pour le motif qu'il s'agissait d'une preuve justificative?

2. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant les témoignages de L.L. et de T.B., pour le motif que cette preuve n'était pertinente qu'en ce qui concernait la moralité de l'appelant, ou que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante?

3. Si la preuve était admissible, le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne donnant pas au jury des directives particulières quant à l'utilisation qu'il pouvait faire des témoignages de L.L. et de T.B.?

4. Même si le juge du procès a commis une erreur en admettant la preuve ou en ne donnant pas de directives appropriées au jury, le pourvoi devrait-il être rejeté en vertu du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, pour le motif qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits?

V. Analysis

1. *Did the Trial Judge Err in Admitting the Evidence Given by L.L. and T.B. on the Ground that it was Oath-helping Evidence?*

As already mentioned, this case was appealed to this Court as of right, under s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*. That section allows appeals "on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents." Jones J.A., in the Court of Appeal, dissented on the grounds that the testimony of L.L. and much of the testimony of T.B. was inadmissible since it was not relevant to the case and was highly prejudicial. The question of whether or not the evidence was inadmissible on the ground of being oath-helping evidence was not discussed by the Court of Appeal, and therefore was not a "question of law on which a judge of the court of appeal dissent[ed]." Consequently, the appellant cannot raise this as an issue before this Court.

In any event, there is no merit to the appellant's submission. The rule against oath-helping prohibits a party from presenting evidence solely for the purpose of bolstering a witness' credibility before that witness' credibility is attacked. This type of evidence is of the sort that would tend to prove the truthfulness of the witness, rather than the truth of the witness' statements. It includes psychiatric evidence that the witness is likely to tell the truth in court (see, e.g., *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103 (Ont. C.A.)), evidence of good character called solely to illustrate that a witness is likely telling the truth (see, e.g., *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224 (Alta. C.A.)) and polygraph evidence (see, e.g., *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398). The testimony of L.L. and T.B. made no reference to the truthfulness or good character of the complainant, or of themselves. Their evidence was rather corroborative of an issue in the trial that was raised in P.A.L.'s testimony, namely the system of violent domination that the appellant used to control the members of the L. household. While L.L.'s and T.B.'s evidence shored up P.A.L.'s credibility

V. Analyse

1. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant les témoignages de L.L. et de T.B., pour le motif qu'il s'agissait d'une preuve justificative?*

Tel que mentionné précédemment, ce pourvoi a été formé de plein droit devant notre Cour, conformément à l'al. 691(1)a) du *Code criminel*. Cette disposition permet qu'un appel soit interjeté «sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident». En Cour d'appel, le juge Jones a exprimé une dissidence pour le motif que le témoignage de L.L. et, en grande partie, celui de T.B. étaient inadmissibles parce qu'ils n'étaient pas pertinents en l'espèce et qu'ils étaient fort préjudiciables. La question de savoir si ces témoignages étaient inadmissibles parce qu'ils constituaient une preuve justificative n'a pas été examinée par la Cour d'appel et n'était donc pas une «question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel [était] dissident». En conséquence, l'appellant ne peut soulever ce point devant notre Cour.

Quoi qu'il en soit, l'argument de l'appellant n'est pas fondé. La règle interdisant les témoignages justificatifs vise à empêcher une partie de produire une preuve destinée uniquement à renforcer la crédibilité d'un témoin avant que celle-ci ne soit attaquée. Ce type de preuve tendrait à établir la franchise du témoin plutôt que la véracité de ses déclarations. Tel est le cas notamment de la preuve psychiatrique que le témoin est susceptible de dire la vérité en cour (voir, par ex., *R. c. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103 (C.A. Ont.)), de la preuve de bonne moralité présentée à seule fin de montrer qu'un témoin dira vraisemblablement la vérité (voir, par ex., *R. c. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Alb.)) et de la preuve obtenue au moyen d'un détecteur de mensonges (voir, par ex., *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398). Il n'était pas question, dans les témoignages de L.L. et de T.B., de leur propre franchise ou bonne moralité, ni de celles de la plaignante. Leurs témoignages corroboraient plutôt une question que P.A.L. avait soulevée dans son témoignage au procès, savoir le régime de domination violente auquel l'appellant

by implication, it was not called solely or even primarily for that purpose. It was not, therefore, oath-helping evidence.

2. *Did the Trial Judge Err in Admitting the Evidence Given by L.L. and T.B. on the Grounds that the Evidence was Irrelevant to any Issue other than the Appellant's Character or that its Prejudicial Value Outweighed its Probative Value?*

The basic rule of evidence in Canada is that all relevant evidence is admissible unless it is barred by a specific exclusionary rule. One such exclusionary rule is that character evidence which shows only that the accused is the type of person likely to have committed the offence in question is inadmissible. As Lamer J. (as he then was) wrote for this Court in *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 201-2:

Thus came about, as a primary rule of exclusion, the following: disposition, *i.e.*, the fact that the accused is the sort of person who would be likely to have committed the offence, although relevant, is not admissible. As a result evidence adduced solely for the purpose of proving disposition is itself inadmissible, or, to put it otherwise, evidence the sole relevancy of which to the crime committed is through proof of disposition, is inadmissible.

However, evidence which tends to show that the accused is a person of bad character but which is also relevant to a given issue in the case does not fall within this exclusionary rule. As Lamer J. went on to write at p. 202:

This is not to say that evidence which is relevant to a given issue in a case will of necessity be excluded merely because it also tends to prove disposition. Such evidence will be admitted subject to the judge weighing its probative value to that issue (*e.g.*, identity), also weighing its prejudicial effect, and then determining its admissibility by measuring one to the other.

recourait pour contrôler les membres de la famille L. Bien que les témoignages de L.L. et de T.B. aient implicitement renforcé la crédibilité de P.A.L., ce n'est pas uniquement ni même essentiellement dans ce but que cette preuve a été présentée. Il ne s'agissait donc pas de témoignages justificatifs.

2. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant les témoignages de L.L. et de T.B., pour le motif que cette preuve n'était pertinente qu'en ce qui concernait la moralité de l'appellant, ou que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante?*

Au Canada, la règle de preuve fondamentale est que toute preuve pertinente est admissible à moins d'être écartée par une règle d'exclusion précise. L'une de ces règles d'exclusion rend inadmissible la preuve de moralité qui démontre seulement que l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis l'infraction en cause. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'a écrit au nom de notre Cour dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, aux pp. 201 et 202:

D'où l'avènement de ce qui suit, comme règle d'exclusion fondamentale: la propension, *c.-à-d.* le fait que l'accusé est le type de personne susceptible de commettre l'infraction en cause, bien que pertinente, n'est pas admissible en preuve. Par conséquent, est inadmissible la preuve produite à seule fin d'établir la propension; en d'autres termes, est inadmissible la preuve dont l'unique lien avec l'infraction perpétrée est qu'elle établit la propension.

Toutefois, cette règle d'exclusion ne vise pas la preuve qui tend à démontrer que l'accusé est une personne de mauvaise moralité, mais qui se rapporte également à une question litigieuse précise en l'espèce. Le juge Lamer ajoute ensuite, à la p. 202:

Cela ne signifie pas qu'une preuve qui se rapporte à une question litigieuse donnée sera nécessairement exclue simplement parce qu'elle tend également à établir la propension. Une telle preuve sera recevable à la condition que le juge en détermine d'abord la recevabilité en comparant sa valeur probante relativement à la question soulevée (par exemple, l'identité) et l'effet préjudiciable qu'elle risque d'avoir.

Accordingly, 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. ^a

It is indisputable that the evidence of L.L. and T.B. tends to show that the appellant is a person of bad character, with a propensity for violence. ^b However, there are two questions to be answered: first, is their evidence relevant to some issue other than the appellant's character, and second, does the probative value of the evidence outweigh its prejudicial effect? ^c

Was the testimony of L.L. and T.B. relevant to some issue other than the appellant's character? The respondent argues, and both Chipman and Hallett J.J.A. held, that the testimony of L.L. and T.B. was relevant to establishing a pattern of dominant behaviour by the appellant which was relevant both to the credibility of the evidence given by P.A.L. and to why she had waited so long before making a complaint to the police. Both P.A.L.'s credibility and her long delay in coming forward were put in issue by the appellant. The respondent also argues that the appellant raised innocent association as a defence and that L.L.'s and T.B.'s testimony was admissible to rebut that defence. But the appellant argues that his only defence was that he did not commit the offences with which he was charged to which the evidence in question is irrelevant. ^d

However, both the opening and closing remarks to the jury by counsel for the appellant reveal that the appellant did not assert solely that he did not commit the offences in question. Counsel for the appellant claimed that the appellant was simply a benevolent baby-sitter who looked after the children as a favour to his sister, raising the defence of innocent association. In his closing remarks, counsel for the appellant emphasized that the appellant "did nothing more than assist them [the L.s] in their times of need, when money was tight". Coun- ^e

Par conséquent, 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.

Les témoignages de L.L. et de T.B. tendent incontestablement à établir la mauvaise moralité et la propension à la violence de l'appellant. Cependant, deux questions se posent: premièrement, ont-ils un rapport avec une autre question litigieuse que la moralité de l'appellant, et deuxièmement, la valeur probante de cette preuve l'emporte-t-elle sur son effet préjudiciable?

Les témoignages de L.L. et de T.B. ont-ils un rapport avec une autre question litigieuse que la moralité de l'appellant? L'intimée soutient, et les juges Chipman et Hallett ont conclu, que les témoignages de L.L. et de T.B. étaient pertinents pour établir l'existence, chez l'appellant, d'un mode de comportement dominant qui était pertinent tant en ce qui concerne la crédibilité du témoignage de P.A.L. qu'en ce qui a trait aux raisons pour lesquelles elle avait attendu si longtemps avant de porter plainte à la police. L'appellant a soulevé les deux questions de la crédibilité de P.A.L. et du long délai qui s'est écoulé avant qu'elle agisse. L'intimée fait également valoir que l'appellant a opposé les rapports innocents comme moyen de défense et que les témoignages de L.L. et de T.B. étaient admissibles pour repousser ce moyen. Mais l'appellant soutient qu'il a seulement opposé comme moyen de défense qu'il n'avait pas commis les infractions dont il était accusé, ce avec quoi la preuve en cause n'a rien à voir. ^f

Il ressort toutefois des remarques préliminaires et des remarques finales que son avocat a faites au jury que l'appellant n'a pas seulement affirmé qu'il n'avait pas commis les infractions en cause. L'avocat de l'appellant a prétendu que ce dernier n'était qu'un gardien bénévole qui prenait soin des enfants pour rendre service à sa sœur, soulevant ainsi le moyen de défense fondé sur les rapports innocents. Dans ses remarques finales, l'avocat de l'appellant a souligné que celui-ci [TRADUCTION] «n'a fait que les aider [les L.] au moment où ils ^g

sel for the appellant also attempted to destroy the complainant's credibility by questioning why she delayed so long in bringing charges, whether her mind was stable given the atmosphere in which she grew up, and how the offences charged by the complainant could have occurred without someone knowing or saying something about it given the crowded conditions of the house. For example, counsel for the appellant addressed the jury as follows in his opening remarks:

How could all of this have happened without someone knowing about it, without someone saying something about it and why is it being said now.

This theme was repeated during counsel's closing remarks. Counsel for the appellant also emphasized throughout the trial that the complainant's mother was abusive towards her children and might be the party actually responsible for the complainant's physical injuries.

Given these various theories raised by counsel for the appellant at trial, it is apparent that the testimony of L.L. and T.B. was relevant to several important issues. The evidence was not tendered solely to show that the appellant was the sort of person likely to commit the offences charged but to rebut the defence of innocent association, to demonstrate the system of violent control that F.F.B. exercised over the family which would explain why the abuse was allowed to occur and why the complainant was too frightened to press charges until much later, and to counter the suggestion that Mrs. L. was responsible for the complainant's physical injuries.

The second question to ask is: does the probative value of L.L.'s and T.B.'s testimony outweigh its prejudicial effect? As Chipman J.A. indicated in the Court of Appeal, counsel for the appellant did not object to the evidence at trial and the trial judge did not therefore make an explicit ruling on

étaient dans le besoin, quand l'argent était rare». L'avocat de l'appellant a également tenté de détruire la crédibilité de la plaignante en l'interrogeant sur les motifs qui l'avaient incitée à attendre si longtemps avant de porter des accusations et sur son équilibre mental compte tenu de l'atmosphère dans laquelle elle avait grandi, et en lui demandant aussi comment les infractions reprochées avaient pu se produire, dans une maison où régnait la promiscuité, sans que personne ne sache ou ne dise quoi que ce soit à ce sujet. Par exemple, dans ses remarques préliminaires, l'avocat de l'appellant s'est adressé au jury en ces termes:

[TRADUCTION] Comment tout cela a-t-il pu se produire sans que personne ne le sache, sans que personne ne dise quoi que ce soit à ce propos et pourquoi en parle-t-on maintenant?

Il a repris ce thème dans ses remarques finales. Pendant tout le procès, l'avocat de l'appellant a aussi insisté sur le comportement abusif de la mère envers ses enfants et sur le fait qu'elle pourrait bien être la vraie responsable des lésions corporelles de la plaignante.

Étant donné ces diverses hypothèses soulevées au procès par l'avocat de l'appellant, il appert que les témoignages de L.L. et de T.B. étaient pertinents quant à plusieurs questions litigieuses importantes. Cette preuve a donc été présentée non pas seulement pour montrer que l'appellant était le genre de personne susceptible de commettre les infractions reprochées, mais encore pour repousser le moyen de défense fondé sur les rapports innocents, démontrer l'existence du régime de domination violente que F.F.B. exerçait sur la famille, ce qui expliquerait pourquoi les agressions ont pu se produire et pourquoi la plaignante était effrayée au point de ne porter des accusations que beaucoup plus tard, et réfuter la prétention que M^{me} L. était responsable des lésions corporelles de la plaignante.

La seconde question est de savoir si la valeur probante des témoignages de L.L. et de T.B. l'emporte sur leur effet préjudiciable. Comme l'a indiqué le juge Chipman de la Cour d'appel, l'avocat de l'appellant ne s'est pas opposé à la présentation de cette preuve au procès, si bien que le juge

its admissibility. Chipman J.A. undertook to evaluate the evidence in the absence of an evaluation by the trial judge, and determined that the probative value was high while the prejudicial effect was low. He therefore held that the evidence was admissible.

Where the evidence sought to be adduced by the prosecution concerns "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" (*per* McLachlin J. in *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, at p. 735).

With respect to the evidence in question in this case, it is clearly probative of those aspects of the case which the Crown wishes to prove in response to the issues raised by counsel for the appellant. The appellant's acts of physical violence related by L.L. and T.B. and the fear that the appellant nourished in the children in order to control them are similar to the account given by the complainant of the physical abuse she suffered from the appellant and the terror she felt of him. The evidence given by L.L. and T.B. concerns events that were contemporaneous with the offences charged by the complainant, and offers valid explanations for many of the issues raised by the appellant at trial. In my opinion, although there is prejudice to the appellant involved, the probative value of L.L.'s and T.B.'s testimony outweighs its prejudicial effect and was properly admitted by the trial judge as relevant evidence of which the probative value is not outweighed by its prejudicial effect.

3. *If the Evidence was Admissible, did the Trial Judge Err in Not Giving the Jury Special Instructions about the Use They Could Make of L.L.'s and T.B.'s Testimony?*

It is an obligation on trial judges that they properly instruct juries as to the use that those juries can make of evidence which is highly prejudicial to an accused in relation to the accused's character. In the case at bar the trial judge did not charge the

du procès n'a pas statué explicitement sur son admissibilité. Le juge Chipman a entrepris d'évaluer la preuve en l'absence d'une évaluation par le juge du procès et il a décidé que sa valeur probante était grande alors que son effet préjudiciable était faible. Il a donc conclu à son admissibilité.

Lorsque la preuve que la poursuite veut présenter est la preuve 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 McLachlin, dans l'arrêt *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, à la p. 735).

En ce qui concerne la preuve en cause en l'espèce, elle est manifestement probante quant aux aspects que le ministère public veut établir en réponse aux questions soulevées par l'avocat de l'appellant. Les actes de violence physique que L.L. et T.B. ont attribués à l'appellant et la peur que ce dernier entretenait chez les enfants pour les contrôler sont similaires aux mauvais traitements physiques que la plaignante a dit avoir subis de la part de l'appellant et à la terreur qu'elle éprouvait à son égard. Les témoignages de L.L. et de T.B. portent sur des événements qui se sont produits à l'époque des infractions reprochées par la plaignante, et ils offrent des explications valables relativement à un bon nombre des questions litigieuses soulevées par l'appellant au procès. À mon avis, bien que l'appellant subisse un préjudice, la valeur probante des témoignages de L.L. et de T.B. l'emporte sur leur effet préjudiciable et c'est à juste titre qu'ils ont été admis par le juge du procès à titre de preuve pertinente dont l'effet préjudiciable ne l'emporte pas sur la valeur probante.

3. *Si la preuve était admissible, le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne donnant pas au jury des directives particulières quant à l'utilisation qu'il pouvait faire des témoignages de L.L. et de T.B.?*

Il incombe au juge du procès de donner aux jurés des directives appropriées quant à l'utilisation qu'ils peuvent faire de la preuve qui est fortement préjudiciable à l'accusé sur le plan de sa moralité. En l'espèce, le juge du procès n'a pas

jury with respect to the use they could make of L.L.'s and T.B.'s testimony. Given that the testimony might have a strong prejudicial effect on the jury and that the jury might then convict on the basis that the accused is a bad person of the sort likely to commit the offences in question, clear directions to the jury about the use that they could make of the testimony were essential. More specifically, the judge was required to explain clearly in the instructions to the jurors that they must not infer from the evidence that tended to show the appellant's bad character that the appellant was guilty because he is the sort of person who is likely to commit the offences in question.

The respondent argues that this type of instruction is a "special" instruction so that the trial judge's failure to properly charge the jury in this respect is not a reversible error of law. However, in *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, this Court directed that a new trial be held where the trial judge had not charged the jury properly with respect to the use they could make of evidence admitted as an exception to the bad character evidence exclusionary rule. Sopinka J. wrote for the majority that the trial judge's instruction to the jury is necessary to counteract three possible effects of the evidence on the jury: that the jury might convict based on propensity, that the jury might convict to punish for past acts, and that the jury might become confused and substitute a verdict with respect to the past acts for a verdict on the charges in issue. In light of the seriousness of these possible consequences, Sopinka J. held at p. 128:

... the trial judge should charge the jury in a manner that will minimize as far as possible the dangers referred to above. The jury should be instructed that if it accepts the evidence of the similar acts, that evidence is relevant for the limited purpose for which it was admitted. The jury must be specifically warned that it is not to rely on the evidence as proof that the accused is the sort of person who would commit the offence charged and on that basis infer that the accused is, in fact, guilty of the offence charged.

donné de directives au jury en ce qui concerne l'utilisation qu'il pouvait faire des témoignages de L.L. et de T.B. Étant donné que ces témoignages pourraient avoir un effet fortement préjudiciable sur le jury qui pourrait alors prononcer un verdict de culpabilité pour le motif que l'accusé est le genre de mauvaise personne susceptible de commettre les infractions en cause, il était essentiel de donner au jury des directives claires quant à l'utilisation qu'il pouvait faire de cette preuve. Plus précisément, le juge était tenu, dans ses directives, d'expliquer clairement aux jurés qu'ils ne devaient pas déduire de la preuve qui tendait à démontrer la mauvaise moralité de l'appelant que celui-ci était coupable parce qu'il est le genre de personne susceptible de commettre les infractions en cause.

L'intimée fait valoir qu'il s'agit là d'une directive «particulière», de sorte que l'omission du juge du procès de bien instruire le jury à cet égard n'est pas une erreur de droit justifiant une annulation. Toutefois, dans l'arrêt *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, notre Cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès dans un cas où le juge du procès n'avait pas donné au jury de directives appropriées quant à l'utilisation qu'il pouvait faire d'une preuve admise à titre d'exception à la règle d'exclusion de la preuve de mauvaise moralité. Le juge Sopinka a affirmé, au nom de la Cour à la majorité, que les directives au jury sont nécessaires pour contrer trois effets possibles de la preuve sur le jury: elle peut l'amener à prononcer une déclaration de culpabilité en se fondant sur une propension, à prononcer une déclaration de culpabilité afin de punir pour des actes antérieurs, ou à s'embrouiller et à substituer un verdict relatif aux actes antérieurs à un verdict concernant les accusations en cause. Vu la gravité de ces conséquences possibles, le juge Sopinka conclut, à la p. 128:

... le juge du procès doit donner ses directives au jury d'une manière qui réduira autant que possible les dangers susmentionnés. Il doit dire au jury que s'il accepte la preuve des actes similaires, cette preuve ne s'applique qu'aux fins limitées pour lesquelles elle a été admise. Il faut lui préciser qu'il ne doit pas considérer que cette preuve établit que l'accusé est le genre de personne qui commettrait l'infraction en question et en déduire que l'accusé est en fait coupable de cette infraction.

The concern is that the evidence of bad character is potentially so inflammatory that without proper instructions, a jury may misuse the evidence and an accused may thereby be convicted unfairly. This concern arises not only with similar fact evidence but also with evidence that is of a highly prejudicial nature with respect to the accused's character as in the case at bar. Given that this Court ordered a new trial in *R. v. D. (L.E.)*, *supra*, partially on the ground that the trial judge did not adequately instruct the jury with respect to the limited use they could make of evidence tending to show the accused's bad character, there is no support for the respondent's argument that lack of proper instruction is not a reversible error of law and not ground for a new trial.

In the case at bar, the trial judge admitted the testimony of L.L. and T.B. at large. He did not instruct the jury as to the use they could make of L.L.'s and T.B.'s testimony, although he did caution the jury against using a conviction on one count as evidence of propensity to commit the other counts. The prejudicial effect of that testimony was high enough that lack of proper instruction may have resulted in unfair guilty verdicts. There is no assurance that the jury properly interpreted the evidence in question in the absence of specific instructions by the trial judge. On this ground, therefore, the appeal should be allowed and a new trial ordered.

It should be noted that Chipman J.A. considered the adequacy of the trial judge's charge to the jury. Chipman J.A. held that the trial judge had not commented on the limited use to which the evidence could be put since counsel for the appellant had raised no objection to the testimony and had not requested any special instructions. However, as Jones J.A. pointed out, it is the duty of the trial judge to consider the admissibility of all evidence and to charge the jury properly: absence of com-

Ce qu'on craint c'est que la preuve de mauvaise moralité soit tellement incendiaire que, faute de directives appropriées, le jury utilise mal la preuve et qu'un accusé soit ainsi déclaré coupable injustement. Cette crainte découle non seulement de la preuve de faits similaires mais aussi de la preuve de nature fortement préjudiciable relativement à la moralité de l'accusé, comme c'est le cas en l'espèce. Puisque notre Cour a ordonné un nouveau procès dans l'affaire *R. c. D. (L.E.)*, précitée, en partie parce que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives appropriées quant à l'utilisation limitée qu'il pouvait faire de la preuve tendant à établir la mauvaise moralité de l'accusé, rien ne justifie l'argument de l'intimée selon lequel l'absence de directives appropriées n'est pas une erreur de droit justifiant une annulation et ne justifie pas un nouveau procès.

En l'espèce, le juge du procès a admis de façon générale les témoignages de L.L. et de T.B. Il n'a pas donné de directives au jury quant à l'utilisation qu'il pouvait faire de cette preuve, quoiqu'il ait mis le jury en garde contre l'utilisation d'une déclaration de culpabilité relative à un chef comme preuve d'une propension à commettre les infractions reprochées dans les autres chefs. L'effet préjudiciable de ces témoignages était suffisamment grand pour que l'absence de directives appropriées ait pu entraîner des verdicts de culpabilité injustes. En l'absence de directives précises du juge du procès, rien ne garantit que le jury a correctement interprété la preuve en cause. Pour ce motif, il y a donc lieu d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Il y a lieu de noter que le juge Chipman a examiné si l'exposé du juge du procès au jury était adéquat. Il a conclu que le juge du procès n'avait pas parlé de l'utilisation limitée qui pouvait être faite de la preuve, étant donné que l'avocat de l'appelant ne s'était pas opposé à ces témoignages et n'avait pas demandé de directives particulières. Toutefois, comme l'a souligné le juge Jones, c'est au juge du procès qu'il incombe d'examiner l'admissibilité de tous les éléments de preuve et de donner au jury des directives appropriées: l'absence d'observation ou d'objection de la part de

ment or objection by counsel for the accused does not vitiate this duty.

Chipman J.A.'s next point was that the trial judge had cautioned the jury that they could not use a conviction on one count before them as evidence of propensity to commit the other counts and that they could only make limited use of the evidence of the appellant's prior convictions. In my opinion, however, this does not cure the charge of its faults with respect to the testimony of L.L. and T.B. which, owing to its prejudicial nature, should have been specifically addressed.

Finally, Chipman J.A. held that the testimony in question had such a high degree of relevance that a charge to the jury, while desirable, was not necessary. With respect, there is no connection between the degree of relevancy of the evidence and the need for instructions as to the use that could be made of the testimony since highly relevant evidence could still be extremely prejudicial to the accused and be misused by the jury in reaching their verdict.

4. *Even if the Trial Judge Erred in Admitting the Evidence or in not Properly Charging the Jury, Should the Appeal Be Dismissed under s. 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code, on the Ground that No Substantial Wrong or Miscarriage of Justice Has Occurred?*

Chipman J.A. held that, even if the evidence was improperly admitted or the jury was improperly charged, he would apply s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, to dismiss the appeal and leave the guilty verdicts intact. He was of the opinion, at p. 254, that the evidence pointing to the accused's guilt was "such that I have no doubt but that had appropriate caution been given, the result would necessarily have been the same; verdicts of guilty on the five counts."

l'avocat de l'accusé n'a pas pour effet de supprimer cette obligation.

Le juge Chipman a fait ensuite remarquer que le juge du procès avait prévenu les jurés qu'ils ne pouvaient pas se servir d'une déclaration de culpabilité relative à un chef d'accusation dont ils étaient saisis, comme preuve de la propension à commettre les infractions reprochées dans les autres chefs, et qu'ils ne pouvaient faire qu'un usage limité de la preuve des déclarations de culpabilité antérieures de l'appelant. À mon avis, cependant, cela ne remédie pas aux lacunes de l'exposé à l'égard des témoignages de L.L. et de T.B., qui, en raison de leur nature préjudiciable, auraient dû être abordés explicitement.

Enfin, le juge Chipman a statué que les témoignages en question étaient si pertinents, qu'aussi souhaitable fût-il, un exposé au jury n'était pas nécessaire. En toute déférence, il n'y a aucun lien entre le degré de pertinence de la preuve et la nécessité de donner des directives quant à l'utilisation qui pouvait être faite des témoignages, étant donné qu'une preuve fortement pertinente pouvait néanmoins être extrêmement préjudiciable à l'accusé et que les jurés pouvaient en faire une mauvaise utilisation en prononçant leur verdict.

4. *Même si le juge du procès a commis une erreur en admettant la preuve ou en ne donnant pas de directives appropriées au jury, le pourvoi devrait-il être rejeté en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du Code criminel, pour le motif qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits?*

Le juge Chipman a conclu que, même si la preuve avait été admise à tort ou si le jury n'avait pas reçu de directives appropriées, il appliquerait le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour rejeter l'appel et laisser intacts les verdicts de culpabilité. Il s'est dit d'avis, à la p. 254, que la preuve tendant à établir la culpabilité de l'accusé était [TRADUCTION] «telle que je n'ai aucun doute que, même si une mise en garde appropriée avait été faite, le résultat aurait nécessairement été le même, soit des verdicts de culpabilité quant aux cinq chefs d'accusation.»

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, is for use in exceptional cases only, as this Court has emphasized in two recent cases. In *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, Sopinka J. held for the majority, at p. 916, that s. 686(1)(b)(iii) can only be invoked where "the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict". In *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, the Court emphasized, at p. 620, "[t]he appropriate standard for the application of s. 686(1)(b)(iii) is an onerous one". The Court quoted Sopinka J.'s reasons from *R. v. S. (P.L.)*, *supra*, and stated at pp. 620-21:

Accordingly, the question here is whether there is any possibility that the trier of fact would have had a reasonable doubt as to the guilt of the accused had the impugned evidence been removed from their consideration.

The same question may be asked in the context of whether the jury in the instant case could have had a reasonable doubt as to the appellant's guilt had they been properly charged with respect to how they might use the testimony of L.L. and T.B. In my opinion, the evidence was not so overwhelming that the jury would have inevitably convicted the appellant if the judge had properly instructed them as to the use they could make of that testimony. Credibility was a large issue at trial, and it is impossible to know what was in the minds of the jurors and how they were affected by the unrestricted admission of the evidence in question. The assessment of whether to apply the curative provision of the *Criminal Code* is complicated by the fact that there were multiple charges which involved included offences, with the result that a properly instructed jury might have convicted but not on all the charges or for different offences. In summary, this is not an appropriate case to invoke the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne doit être utilisé que dans des cas exceptionnels, comme notre Cour l'a souligné dans deux arrêts récents. Dans l'arrêt *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, à la p. 916, le juge Sopinka a conclu, au nom de la Cour à la majorité, qu'on ne peut invoquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) que lorsque «la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité». Dans l'arrêt *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, la Cour a souligné, à la p. 620, que «[l]a norme retenue pour l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) est exigeante». Après avoir cité les motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *R. c. S. (P.L.)*, précité, la Cour ajoute, aux pp. 620 et 621:

Par conséquent, il s'agit ici d'établir s'il y a la moindre possibilité que, en l'absence de l'élément de preuve attaqué, le juge des faits ait eu un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé.

On peut se poser la même question lorsqu'il s'agit de déterminer si le jury, en l'espèce, aurait pu avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'appellant s'il avait reçu des directives appropriées quant à l'utilisation qu'il pourrait faire des témoignages de L.L. et de T.B.? À mon avis, la preuve n'était pas à ce point accablante que le jury aurait forcément déclaré l'appellant coupable si le juge lui avait donné des directives appropriées quant à l'utilisation qu'il pouvait faire de ces témoignages. La crédibilité était une question importante au procès et il est impossible de savoir ce que les jurés avaient à l'esprit et comment ils ont été influencés par l'admission sans réserve de la preuve en question. La tâche de déterminer s'il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice du *Code criminel* est compliquée par le fait que plusieurs accusations comportaient des infractions incluses, de sorte qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu rendre un verdict de culpabilité, mais non relativement à toutes les accusations ni quant à d'autres infractions. Somme toute, il ne convient pas en l'espèce d'invoquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

VI. Conclusion

The evidence of L.L. and T.B. was admissible because it was relevant to several serious issues in the case such as the defence of innocent association, the system of violent control that the appellant exercised over the family which would explain why the abuse was allowed to occur and why the complainant was too frightened to press charges until much later, and the suggestion that Mrs. L. was responsible for the complainant's physical injuries. In my view, the probative value of the testimony of L.L. and T.B. is not outweighed by its prejudicial effect and the evidence was properly admitted.

Although the evidence of L.L. and T.B. was properly admitted, the trial judge failed to charge the jury as to the limited purposes for which the evidence could be used. This is grounds for a new trial, and I would allow the appeal and order a new trial on this basis.

Finally, with respect to the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, given that the appropriate standard for applying s. 686(1)(b)(iii) is an onerous one, namely whether or not the evidence properly before the jury was so overwhelming that conviction was inevitable, I do not believe that this is a case to which s. 686(1)(b)(iii) should be applied.

It should be stated that it is highly regrettable that P.A.L. and her family, as well as the appellant, will be forced to undergo a new trial. However, we must be inexorably vigilant to ensure that courts properly follow the rules which provide fair trials to all those charged and tried under the *Criminal Code*.

Since writing these reasons, I have had the opportunity to read the reasons of the Chief Justice; I agree with them.

VI. Conclusion

Les témoignages de L.L. et de T.B. étaient admissibles parce qu'ils se rapportaient à plusieurs questions litigieuses importantes en l'espèce, tels le moyen de défense fondé sur les rapports innocents, le régime de domination violente qu'exerçait l'appelant sur la famille et qui expliquerait pourquoi les agressions ont pu se produire et pourquoi la plaignante était effrayée au point de ne porter des accusations que beaucoup plus tard, ainsi que la prétention que M^{me} L. était responsable des lésions corporelles de la plaignante. À mon avis, l'effet préjudiciable des témoignages de L.L. et de T.B. ne l'emporte pas sur leur valeur probante et c'est à bon droit que cette preuve a été admise.

Bien que les témoignages de L.L. et de T.B. aient été admis à juste titre, le juge du procès n'a pas donné au jury de directives quant aux fins limitées auxquelles cette preuve pouvait servir. Cela justifie la tenue d'un nouveau procès et je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès pour ce motif.

Enfin, en ce qui concerne la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b(iii) du *Code criminel*, étant donné que la norme qui doit être retenue pour son application est exigeante, c'est-à-dire la question de savoir si la preuve dont disposait légitimement le jury était à ce point accablante qu'un verdict de culpabilité était inévitable, je ne crois pas qu'il convienne d'appliquer en l'espèce ce sous-alinéa.

Il y a lieu de souligner qu'il est fort regrettable que P.A.L. et sa famille, ainsi que l'appelant, soient forcés de subir un nouveau procès. Toutefois, il nous faut être inexorablement vigilants si nous voulons garantir que les tribunaux suivent correctement les règles qui prescrivent des procès équitables pour tous ceux qui sont accusés et jugés sous le régime du *Code criminel*.

Depuis que j'ai rédigé les présents motifs, j'ai pris connaissance des motifs du Juge en chef et j'y souscris.

VII. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the conviction of the appellant, and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Justices L'Heureux-Dubé and Iacobucci. I am in agreement with both of them that the evidence of L.L. and T.B. were admissible for the reasons which they state. I agree with L'Heureux-Dubé J. that the trial judge's instructions were adequate, having regard to the circumstances of this case which she outlines, including the defence counsel's full use of the evidence in support of the defence that the allegations were so heinous that it was improbable that they would have occurred or not been reported. I am also in agreement with L'Heureux-Dubé J. that the evidence supporting the guilt of the accused is overwhelming and that s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, should be applied to remedy any defect.

I would therefore dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Scaravelli & Garson, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

VII. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appellant et d'ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs des mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et Iacobucci. Je conviens avec eux, et ce, pour les mêmes raisons, que les témoignages de L.L. et de T.B. étaient admissibles. Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que le juge du procès a donné des directives suffisantes eu égard aux circonstances de l'affaire, qu'elle expose, y compris le fait que l'avocat de la défense s'est servi pleinement de ces témoignages pour appuyer le moyen de défense selon lequel les actes reprochés étaient à ce point odieux qu'il était peu probable qu'ils eussent été commis ou qu'ils n'eussent pas été signalés. Je conviens en outre avec le juge L'Heureux-Dubé que la preuve de la culpabilité de l'accusé est accablante et qu'il y a lieu d'appliquer, pour remédier à tout défaut, le sous-al. 686(1)b(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, lès juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Scaravelli & Garson, Halifax.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.