

J.M.H. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions *Intervener***INDEXED AS: R. v. J.M.H.****2011 SCC 45**

File No.: 33667.

2011: May 19; 2011: October 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Evidence — Assessment — Accused charged with two counts of sexual assault — Complainant not disclosing events at time of occurrences but posting poem on line — Trial judge acquitting accused — Court of Appeal overturning acquittals and ordering new trial — Whether trial judge failed to consider evidence as a whole thereby committing error of law — Whether trial judge’s allegedly flawed assessment of evidence constitutes error of law allowing appellate review of acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

H was acquitted at trial of two counts of sexual assault on his 17-year-old cousin. A alleged that on two occasions in 2006, H had non-consensual sexual intercourse with her while she was sleeping with him in his bed. A testified that she told H to “stop” both times but that he eventually had intercourse with her. On both occasions, she spent the rest of the night with H in his bed. A did not tell anyone about the occurrences but posted a poem online very soon after the first incident as “an outlet”, and this led to the incidents coming to light. At trial, H denied any sexual contact with A. The trial judge had “absolutely no doubt” that sexual intercourse had taken place between H and A but was not satisfied that A was sexually assaulted without

J.M.H. *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Directeur des poursuites pénales *Intervenant***RÉPERTORIÉ : R. c. J.M.H.****2011 CSC 45**

N° du greffe : 33667.

2011 : 19 mai; 2011 : 6 octobre.

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

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

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d’appel — Preuve — Appréciation — Accusé inculpé de deux chefs d’agression sexuelle — Affichage d’un poème en ligne par la plaignante, qui n’a pas signalé les incidents après qu’ils se soient produits — Acquittement de l’accusé par le juge du procès — Acquittements annulés et nouveau procès ordonné par la Cour d’appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en omettant de prendre en considération l’ensemble de la preuve? — L’appréciation prétendument viciée de la preuve par le juge du procès constitue-t-elle une erreur de droit permettant la révision d’un acquittement par la Cour d’appel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a).

À son procès, H a été acquitté relativement à deux chefs d’agression sexuelle à l’endroit de sa cousine de 17 ans. A prétend que, à deux reprises en 2006, H a eu des rapports sexuels avec elle sans son consentement alors qu’elle était couchée avec lui dans le lit de ce dernier. A a témoigné que, les deux fois, elle lui a dit « arrête », mais qu’il a eu ensuite des rapports sexuels avec elle. Lors des deux événements, elle a passé le reste de la nuit avec H dans son lit. A n’a pas parlé des incidents à qui que ce soit, mais elle a affiché un poème en ligne très peu de temps après le premier incident « en tant qu’exutoire », entraînant ainsi la révélation des incidents. Au procès, H a nié avoir eu quelque contact sexuel que ce soit avec A. Le juge du procès n’avait « absolument aucun doute » que

her consent. The Court of appeal concluded that the trial judge erred in law in mishandling the evidence by taking a “piecemeal” approach incompatible with his obligation to consider the cumulative effect of all relevant evidence.

Held: The appeal should be allowed and the acquittals restored.

While it is an error of law for a trial judge to assess the evidence piecemeal, the trial judge’s reasons here did not disclose any such error. The Court of Appeal misapprehended the record when it faulted the judge for not referring to A’s testimony on the issue of consent, as he did so on at least three occasions. Moreover, the trial judge did not have to “reject” A’s evidence in order to be left with a reasonable doubt arising from the whole of the evidence. In fact, he gave extensive reasons as to why he was left with a reasonable doubt on consent. There was also no basis for concluding that the trial judge used small excerpts from the poem out of context. He quoted the poem as a whole and then drew attention to language that raised concerns in his mind. Finally, the Court of Appeal erred in concluding that a couple of brief excerpts from the poem had “tipped” the balance in favour of acquittal. The trial judge’s concerns regarding consent were based on the evidence of the relationship between H and A, the testimony of A’s sister about how many times she had been in H’s bed, and the fact that A had returned both times to the same bed in which she had been violated. The judge’s references to the poem excerpts were in the context of his references to other aspects of the evidence, and he explicitly stated that he was taking account of all the circumstances of the case in reaching his conclusion.

The Crown’s right of appeal from an acquittal of an indictable offence is limited to “any ground of appeal that involves a question of law alone”. The jurisprudence currently recognizes at least four types of cases in which alleged mishandling of the evidence may constitute an error of law alone giving rise to a Crown appeal of an acquittal; this may not be an exhaustive list. First, it is an error of law to make a finding of fact for which there is no evidence. However, a conclusion that the trier of fact has a reasonable doubt is not a finding of fact for the purposes of this rule. Second, the legal effect of findings of fact or of undisputed facts may raise a question of law. Third, an assessment of the

H et A avaient eu des relations sexuelles, mais il n’était pas convaincu que A avait été agressée sexuellement sans son consentement. La Cour d’appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en traitant la preuve de façon inadéquate, à savoir en procédant à une analyse « fragmentaire » incompatible avec son obligation de prendre en considération l’effet cumulatif de tous les éléments de preuve pertinents.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et les acquittements sont rétablis.

Bien que le juge président un procès commette une erreur de droit en analysant la preuve de façon fragmentaire, les motifs du juge du procès en l’espèce ne révèlent aucune erreur de ce genre. La Cour d’appel a mal interprété le dossier en reprochant au juge de ne pas faire allusion au témoignage de A sur la question du consentement, car il l’a évoqué au moins trois fois. De plus, le juge du procès n’avait pas à « rejeter » le témoignage de A pour qu’il subsiste dans son esprit un doute raisonnable soulevé par l’ensemble de la preuve. En fait, il a motivé abondamment le doute raisonnable qui subsistait dans son esprit quant au consentement. En outre, il n’y avait aucune raison de conclure que le juge du procès avait utilisé hors contexte de courts extraits du poème. Il a cité le poème dans son intégralité avant de souligner les mots qui suscitaient des doutes dans son esprit. Enfin, la Cour d’appel a eu tort de conclure que quelques courts extraits du poème avaient « fait pencher » la balance en faveur de l’acquittal. Les réserves du juge du procès à l’égard du consentement étaient fondées sur la preuve de la relation entre H et A, sur le témoignage de la sœur de A quant au nombre de fois que A avait couché dans le lit de H et sur le fait que A était retournée se coucher lors des deux incidents dans le lit où elle avait été violée. Le juge a mentionné des extraits du poème dans le contexte des autres éléments de preuve dont il a parlé, et il a expressément dit tenir compte de toutes les circonstances de l’espèce pour arriver à sa conclusion.

Le ministère public ne peut interjeter appel de l’acquittal d’une infraction punissable par mise en accusation que « pour tout motif d’appel qui comporte une question de droit seulement ». La jurisprudence fait actuellement état d’au moins quatre types de situations où le traitement prétendument inadéquat de la preuve peut constituer une erreur de droit seulement permettant au ministère public d’interjeter appel d’un acquittal; cette liste n’est peut-être pas exhaustive. Premièrement, une conclusion de fait qui n’est appuyée par aucun élément de preuve constitue une erreur de droit. Par contre, pour l’application de cette règle, la conclusion que le juge des faits entretient

evidence based on a wrong legal principle is an error of law. Fourth, the trial judge's failure to consider all of the evidence in relation to the ultimate issue of guilt or innocence is an error of law, but this error will be found to have been committed only if the reasons demonstrate that this was not done. The trial judge's reasonable doubt did not have to be based on the evidence; it could arise from the absence of evidence or a simple failure of the evidence to persuade him to the requisite level of beyond reasonable doubt. It is only where that reasonable doubt is tainted by a legal error that appellate intervention in an acquittal is permitted.

Cases Cited

Considered: *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57; *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; **referred to:** *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *Wild v. The Queen*, [1971] S.C.R. 101.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

Authors Cited

Canadian Judicial Council. Model Jury Instructions, Part III, Final Instructions, 9.4 Assessment of Evidence, February 2004 (online: http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_NCJI-Jury-Instruction-Final-2004-02_en.asp#_Toc290368699).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Rouleau and Watt J.J.A.), 2009 ONCA 834, 256 O.A.C. 246, 99 O.R. (3d) 761, 249 C.C.C. (3d) 140, 72 C.R. (6th) 154, [2009] O.J. No. 4963 (QL), 2009 CarswellOnt 7362, setting aside the accused's acquittals entered by Stong J., [2009] O.J. No. 6377 (QL), 2009 CarswellOnt 8844, and ordering a new trial. Appeal allowed.

Christopher D. Hicks and Misha Feldmann, for the appellant.

Christine Bartlett-Hughes, for the respondent.

un doute raisonnable n'est pas une conclusion de fait. Deuxièmement, l'effet juridique des conclusions de fait ou des faits incontestés peut soulever une question de droit. Troisièmement, une appréciation de la preuve fondée sur un mauvais principe juridique constitue une erreur de droit. Quatrièmement, le juge du procès commet une erreur de droit s'il ne tient pas compte de toute la preuve qui se rapporte à la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence, mais on ne conclura à la présence d'une telle erreur que si les motifs démontrent que cela n'a pas été fait. Le doute raisonnable du juge du procès n'avait pas à reposer sur la preuve; il pouvait découler de l'absence de preuve ou du simple fait que la preuve n'était pas parvenue à le convaincre hors de tout doute raisonnable, soit la norme à atteindre. Ce n'est que lorsqu'un doute raisonnable est vicié par une erreur de droit que l'on peut réviser en appel un acquittement.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57; *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; **arrêts mentionnés :** *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)(a).

Doctrine citée

Conseil canadien de la magistrature. Modèles de directives au jury, partie III, Directives finales, 9.4 Évaluation de la preuve, février 2004 (en ligne : http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_fr.asp?selMenu=lawyers%5FNCJI%2DJury%2DInstruction%2DFinal%2D2004%2D02%5Ffr%2Easp#_Toc187642363).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Simmons, Rouleau et Watt), 2009 ONCA 834, 256 O.A.C. 246, 99 O.R. (3d) 761, 249 C.C.C. (3d) 140, 72 C.R. (6th) 154, [2009] O.J. No. 4963 (QL), 2009 CarswellOnt 7362, qui a annulé les acquittements inscrits par le juge Stong, [2009] O.J. No. 6377 (QL), 2009 CarswellOnt 8844, et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Christopher D. Hicks et Misha Feldmann, pour l'appellant.

Christine Bartlett-Hughes, pour l'intimée.

James D. Sutton and Ann Marie Simmons, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] The appellant was acquitted at trial of two counts of sexual assault on his 17-year-old cousin. The Court of Appeal set aside the acquittals and ordered a new trial on the basis that the trial judge had erred in law by failing to consider all of the evidence in reaching his conclusion. The appellant's appeal to this Court raises both narrow and broader questions. The narrow question is whether the trial judge, in fact, failed to consider the whole of the evidence as the Court of Appeal concluded that he had; the broader question is under what circumstances a trial judge's alleged mishandling of the evidence gives rise to an error of law alone which justifies appellate intervention on a Crown appeal from an acquittal. Turning first to the narrow question, the trial judge, in my respectful view, did not make the error identified by the Court of Appeal. I would therefore allow the appeal and restore the acquittals entered at trial. However, it will be helpful to address the parties' and intervener's submissions on the broader issue concerning when, in a Crown appeal of an acquittal, alleged shortcomings in a trial judge's assessment of the evidence constitute an error of law alone justifying appellate intervention.

II. Overview of Facts and Proceedings

[2] The complainant alleged that on two occasions the appellant had non-consensual sexual intercourse with her while she was sleeping with him in his bed. She was 17 at the time of both incidents; he was 22 at the time of the first and 23 at

James D. Sutton et Ann Marie Simmons, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] L'appelant a été acquitté à son procès relativement à deux chefs d'agression sexuelle à l'endroit de sa cousine de 17 ans. La Cour d'appel a annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès parce que le juge du procès avait commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de toute la preuve pour tirer sa conclusion. Le pourvoi de l'appelant devant notre Cour soulève à la fois une question précise et une question générale. La question précise est de savoir si, comme l'a conclu la Cour d'appel, le juge du procès a effectivement omis de tenir compte de toute la preuve; la question générale est de savoir dans quelles circonstances le traitement prétendument inadéquat de la preuve par le juge du procès soulève une erreur de droit seulement justifiant l'intervention de la juridiction d'appel lorsque le ministère public fait appel d'un acquittement. Pour ce qui est de la question précise d'abord, j'estime que le juge du procès n'a pas commis l'erreur que lui reproche la Cour d'appel. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les acquittements prononcés au procès. Il est toutefois utile d'examiner les observations des parties et de l'intervenant sur la question plus générale relative aux circonstances dans lesquelles, lors de l'appel d'un acquittement par le ministère public, les erreurs qu'aurait commises le juge du procès dans son appréciation de la preuve constituent une erreur de droit seulement justifiant l'intervention de la juridiction d'appel.

II. Aperçu des faits et des procédures

[2] La plaignante prétend que l'appelant a eu des rapports sexuels avec elle sans son consentement à deux reprises alors qu'elle était couchée avec lui dans le lit de ce dernier. Elle avait 17 ans au moment des deux incidents; il avait 22 ans lors du

the time of the second. The trial judge found that the two incidents described by the complainant had occurred. The main issue, in his view, was whether the sexual activity had been proved to be without the complainant's consent ([2009] O.J. No. 6377 (QL)).

[3] The judge found that the appellant had "adopted a lifestyle" that included regular parties at his home and providing young women — including the complainant and her 15-year-old sister — with alcohol (para. 27).

[4] The first incident described by the complainant occurred in February 2006. The complainant and appellant were socializing in his apartment, including drinking alcohol that he had provided. The complainant's younger sister as well as the appellant's roommate and another friend were also present, but the friend left before the others went to sleep. At the end of the evening, the complainant's sister went to sleep on the couch, the roommate went to sleep in his room and the appellant and complainant went to sleep in the appellant's bed. The complainant testified her sleeping in the appellant's bed had not been discussed beforehand.

[5] The complainant testified that in the early hours of the morning, the appellant moved closer to her and began grabbing and touching her. She testified that she said "stop" but that he eventually had unprotected intercourse with her. She got up, cleaned herself off, walked around the house and returned to bed with the appellant, although she did not sleep. Later in the morning, she got up, woke up her sister and they left. She did not mention the incident, and her sister testified that nothing seemed amiss. The complainant's sister, however, testified that when she woke up on this occasion, the complainant was in the appellant's bedroom. When questioned about this apparent inconsistency between her evidence and that of the complainant, her sister responded that she could be confusing it with a different time when they were at the appellant's house.

premier incident et 23 ans lors du second. Selon le juge du procès, les deux incidents relatés par la plaignante ont eu lieu. À son sens, la question principale est de savoir si l'on a établi que l'activité sexuelle s'était déroulée sans le consentement de la plaignante ([2009] O.J. No. 6377 (QL)).

[3] Selon le juge, l'appellant a [TRADUCTION] « adopté un style de vie » comprenant des fêtes chez lui sur une base régulière et la fourniture d'alcool à de jeunes femmes, y compris la plaignante et sa sœur de 15 ans (par. 27).

[4] Le premier incident que relate la plaignante est survenu en février 2006. La plaignante et l'appelant bavardaient dans l'appartement de ce dernier et buvaient de l'alcool qu'il avait servi. La sœur cadette de la plaignante, le colocataire de l'appelant ainsi qu'un autre ami étaient là également, mais l'ami est parti avant que les autres n'aillent se coucher. À la fin de la soirée, la sœur de la plaignante est allée se coucher sur le sofa, le colocataire a fait de même dans sa chambre, et l'appelant ainsi que la plaignante se sont couchés dans le lit de ce dernier. Selon le témoignage de la plaignante, ils n'avaient pas discuté au préalable du fait qu'elle couche dans le lit de l'appelant.

[5] La plaignante a affirmé qu'aux petites heures du matin, l'appelant s'est rapproché d'elle et a commencé à la saisir et à la toucher. Selon son témoignage, elle a dit [TRADUCTION] « arrête », mais il a eu ensuite des rapports sexuels non protégés avec elle. Elle s'est levée, s'est lavée, a fait le tour de la maison, puis est retournée se coucher avec l'appelant, mais elle ne s'est pas endormie. Plus tard ce matin-là, elle s'est levée, a réveillé sa sœur et elles sont parties ensemble. La plaignante n'a pas mentionné l'incident, et sa sœur a affirmé que rien ne paraissait anormal. La sœur de la plaignante a cependant témoigné que, lorsqu'elle s'est réveillée ce matin-là, la plaignante se trouvait dans la chambre à coucher de l'appelant. Interrogée à propos de cette contradiction apparente entre son témoignage et celui de la plaignante, sa sœur a répondu qu'elle avait peut-être confondu le matin en question et un autre moment où elles étaient chez l'appelant.

[6] The second incident reported by the complainant occurred in May 2006. She again found herself at the appellant's apartment, after they both had participated in a long day of moving. She testified that she did not know how she ended up staying the night again. This time, they were alone. After watching movies, they retired to his bed. Once again, she testified that he began touching and kissing her, and that she said "no" before they had unprotected intercourse. Afterwards, she was "too on edge" to leave the apartment, despite having a car, so she returned to the same bed and went to sleep. She left the next day and did not tell anyone about the occurrence.

[7] The complainant posted a poem online. The judge found that it had been written very soon after the February 2006 incident "as an outlet" (para. 29). Her sister saw the poem on the Internet and the incidents came to light when she began to discuss it with the complainant. The complainant filed a police report, and the appellant was charged with two counts of sexual assault. At trial, the appellant testified and denied any sexual contact with the complainant.

[8] The trial judge acquitted the appellant on both counts. After summarizing virtually all of the evidence the trial judge found that he had "absolutely no doubt" (para. 26) that sexual intercourse had taken place between the appellant and complainant; he specifically rejected the appellant's denials in this regard (para. 36).

[9] However, the trial judge acknowledged that he also had to be convinced beyond a reasonable doubt that the sexual activity had occurred without the complainant's consent. He noted some "concerns" in this regard. He referred to the sister's evidence that she might have been confused between the times that she saw the complainant in the appellant's bed. The judge said that this caused him to wonder how many times the complainant had ended up in the appellant's bed. He asked himself

[6] Le deuxième incident signalé par la plaignante a eu lieu en mai 2006. Elle se trouvait à nouveau dans l'appartement de l'appelant après qu'ils eurent tous deux participé à une longue journée de déménagement. Elle a affirmé ne pas savoir comment elle avait fini par y passer une autre nuit. Ils étaient seuls à cette occasion. Après avoir regardé des films, ils se sont couchés dans son lit. Elle a témoigné qu'il a encore une fois commencé à la toucher et à l'embrasser, et qu'elle a dit [TRADUCTION] « non » avant qu'ils n'aient des rapports sexuels non protégés. Plus tard, elle était « trop énervée » pour quitter l'appartement même si elle avait une voiture. Elle est donc retournée se coucher dans le même lit et s'est endormie. Elle est partie le lendemain et n'a pas parlé de l'incident à qui que ce soit.

[7] La plaignante a affiché un poème en ligne. De l'avis du juge, elle l'a écrit très peu de temps après l'incident de février 2006 [TRADUCTION] « en tant qu'exutoire » (par. 29). Sa sœur a vu le poème sur Internet, et les incidents ont été révélés lorsqu'elle a commencé à en parler avec la plaignante. La plaignante a déposé un rapport au poste de police, et l'appelant a été accusé de deux chefs d'agression sexuelle. L'appelant a témoigné au procès et a nié avoir eu quelque contact sexuel que ce soit avec la plaignante.

[8] Le juge du procès a acquitté l'appelant relativement aux deux chefs d'accusation. Après avoir résumé presque toute la preuve, le juge du procès a dit n'avoir [TRADUCTION] « absolument aucun doute » (par. 26) que l'appelant et la plaignante avaient eu des relations sexuelles; il a rejeté explicitement les dénis de l'appelant à cet égard (par. 36).

[9] Le juge du procès a toutefois indiqué qu'il devait aussi être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'activité sexuelle s'était déroulée sans le consentement de la plaignante. Il a dit avoir quelques « réserves » à ce sujet. Il a fait allusion au témoignage de la sœur selon lequel elle avait peut-être confondu les moments où elle avait aperçu la plaignante dans le lit de l'appelant. Le juge a dit que ce témoignage l'avait amené à se demander combien de fois la plaignante s'était retrouvée dans

“why did [the complainant] insist in going back to the same bed that she had been violated in?” (para. 34). The judge then noted that he suspected “very strongly” that the complainant was confused and that she “wrestled” with going into the accused’s bedroom. He returned to the fact that “[s]he said she went to the bed on her own and it wasn’t even discussed. Why?” (para. 35).

[10] The trial judge referred to the poem the complainant had written, entitled “Black Dark”, and quoted it in its entirety in his oral reasons. As noted, he accepted both that it was written very shortly after the February incident, and that it had been written as an outlet. He then stated, “[w]hen I read [the complainant’s] description of the incidents on February 11th, concerns are raised” (para. 31). He noted that the words “bittersweet” and “regret” which she had used in the poem were “[h]ardly the words that describe a rape” (para. 33). The trial judge then concluded that “[i]n all of the circumstances of this case, notwithstanding that I do not believe the accused, notwithstanding that I am satisfied that sexual intercourse did occur on both of these occasions, I cannot be satisfied that [the complainant] was sexually assaulted without her consent” (para. 36).

[11] The Crown appealed successfully to the Court of Appeal, which set aside the acquittals and ordered a new trial on both counts of the indictment (2009 ONCA 834, 256 O.A.C. 246). The court concluded that the trial judge erred in law in his approach to the evidence. Specifically, it found that he failed to consider some lines of the poem in the context of the others, and that he failed to consider the poem in the context of the complainant’s testimony on consent. This, according to Watt J.A., was a “piecemeal” approach which was incompatible with the trial judge’s obligations to consider the cumulative effect of all relevant evidence (para. 64) and constituted an error of law as set out in this Court’s decision in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57.

le lit de l’appelant. Il s’est demandé [TRADUCTION] « pourquoi [la plaignante] tenait à retourner se coucher dans le lit où elle avait été violée? » (par. 34). Le juge a ensuite dit soupçonner « très fortement » que la plaignante était confuse et « hésitait » à entrer dans la chambre à coucher de l’accusé. Il est revenu sur le fait que « [s]elon les dires de la plaignante, elle est allée au lit de son plein gré et cela n’avait même pas fait l’objet de discussions. Pourquoi? » (par. 35).

[10] Le juge du procès a parlé du poème de la plaignante qui s’intitule *Black Dark*, et l’a cité intégralement dans les motifs qu’il a exposés de vive voix. Comme je l’ai déjà dit, il a retenu la thèse que ce poème avait été écrit en tant qu’exutoire très peu de temps après l’incident de février. Il a ajouté : [TRADUCTION] « [l]a lecture de l’exposé que fait [la plaignante] des incidents du 11 février suscite des doutes dans mon esprit » (par. 31). Le juge a signalé que les mots « aigre-doux » et « regret » qui figuraient dans le poème ne « décrivaient guère un viol » (par. 33). Le juge du procès a ensuite conclu en ces termes : « Vu les circonstances de l’espèce, et même si je ne crois pas l’accusé et je suis convaincu qu’il y a eu une relation sexuelle lors de ces deux incidents, je ne puis être convaincu que [la plaignante] a été agressée sexuellement sans son consentement » (par. 36).

[11] Le ministère public a eu gain de cause devant la Cour d’appel, qui a annulé les acquittements et ordonné un nouveau procès relativement aux deux chefs d’accusation (2009 ONCA 834, 256 O.A.C. 246). D’après la Cour d’appel, le juge du procès a commis une erreur de droit dans son examen de la preuve. Elle a conclu plus particulièrement qu’il n’avait pas examiné certaines lignes du poème à la lumière du reste du poème, et qu’il n’avait pas analysé le poème dans le contexte du témoignage de la plaignante sur le consentement. Il s’agissait, selon le juge Watt, d’une analyse [TRADUCTION] « fragmentaire », incompatible avec l’obligation du juge du procès de prendre en considération l’effet cumulatif de tous les éléments de preuve pertinents (par. 64), ce qui constituait une erreur de droit, comme l’explique notre Cour dans l’arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57.

[12] The appellant argues that the trial judge did not approach the evidence in a “piecemeal” fashion. The appellant further argues that even if the trial judge did err as the Court of Appeal suggested, the Court of Appeal was without jurisdiction to entertain a Crown appeal because any error was an error of fact and not an error of law alone as is required by s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The respondent Crown argues that, as held by the Court of Appeal, the trial judge did err in law by considering the evidence in a piecemeal fashion.

III. Issues

[13] There are two issues:

1. Did the trial judge fail to consider the evidence as a whole?
2. Under what circumstances does a trial judge’s allegedly flawed assessment of the evidence constitute an error of law and thereby allow appellate review of an acquittal?

IV. Analysis

A. *Did the Trial Judge Fail to Consider the Evidence as a Whole?*

[14] As noted, the Court of Appeal found that the trial judge had failed to put particular passages in the complainant’s poem in the context of the poem as a whole and of her sworn testimony. The court stated that

[t]he trial judge had accepted [the complainant’s] evidence that sexual intercourse had taken place, but never mentioned her testimony on the consent/non-consent issue, or said why he rejected it, apart from his reference to various isolated words in the poem on which [the complainant] was never questioned. [para. 62]

[12] Selon l’appelant, le juge du procès n’a pas analysé la preuve de manière « fragmentaire ». L’appelant prétend en outre que, même si le juge du procès avait bel et bien commis une erreur, tel que l’a affirmé la Cour d’appel, cette dernière n’avait pas compétence pour instruire un appel formé par le ministère public parce que, s’il y a eu erreur, ce ne pouvait être qu’une erreur de fait et non une erreur de droit seulement, comme l’exige l’al. 676(1)a du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Pour sa part, le ministère public intimé prétend que, comme l’a conclu la Cour d’appel, le juge du procès a effectivement commis une erreur de droit en examinant la preuve de façon fragmentaire.

III. Questions en litige

[13] Deux questions se posent en l’espèce :

1. Le juge du procès a-t-il omis de prendre en considération l’ensemble de la preuve?
2. Dans quelles circonstances l’appréciation prétendument viciée de la preuve par le juge du procès constitue-t-elle une erreur de droit permettant la révision d’un acquittement par la cour d’appel?

IV. Analyse

A. *Le juge du procès a-t-il omis de prendre en considération l’ensemble de la preuve?*

[14] Comme je l’ai déjà dit, la Cour d’appel a conclu que le juge du procès n’avait pas examiné des passages précis du poème de la plaignante en tenant compte du reste du poème et de son témoignage sous serment. La Cour d’appel a mentionné que :

[TRADUCTION] Le juge du procès avait accepté le témoignage de [la plaignante] selon lequel il y avait eu des relations sexuelles, mais [qu’il] n’avait jamais fait allusion à son témoignage sur la question du consentement ou de l’absence de consentement, ni dit pourquoi il a rejeté ce témoignage, mis à part sa mention de différents mots du poème pris isolément sur lesquels [la plaignante] n’avait jamais été interrogée. [par. 62]

. . . His piecemeal approach to isolated words in the poem was incompatible with his obligation to consider the poem as a whole, and together with the rest of the evidence on the issue. [para. 64]

While acknowledging that the trial judge considered other aspects of the complainant's conduct in his discussion of the consent/non-consent issue, the Court of Appeal concluded that "it was the isolated passages in the poem . . . that tilted the balance in favour of acquittal" (para. 70). The Court of Appeal also expressed concern that the trial judge had wrongly used the poem written in relation to the first incident in his consideration of the second.

[15] Respectfully, I cannot accept this characterization of the trial judge's decision for four reasons.

[16] First, the Court of Appeal erred when it stated that "[t]he reasons of the trial judge make *no* reference to the sworn testimony of [the complainant] given at trial" (para. 56 (emphasis in original)) and that he "had . . . never mentioned her testimony on the consent/non-consent issue, or said why he rejected it, apart from his reference to various isolated words in the poem on which [the complainant] was never questioned" (para. 62). In fact, the first eight pages of the transcription of the trial judge's oral reasons summarize the complainant's evidence, and her testimony that she did not consent is specifically referred to. The trial judge noted that, in connection with the February incident, the complainant had pushed the appellant away saying "stop" and that she pulled away, at no time consenting to the contact. In relation to the May incident, the trial judge noted that she had said "no" and pushed him away when the appellant started coming closer to her and kissing her, and that she testified that she had never consented to the incidents.

[17] Respectfully, the Court of Appeal misapprehended the record when it faulted the judge for not referring to the complainant's evidence about the

. . . Son analyse fragmentaire de mots du poème pris isolément était incompatible avec son obligation d'examiner l'ensemble du poème en tenant compte des autres éléments de preuve à cet égard. [par. 64]

Tout en reconnaissant que le juge du procès a pris en considération d'autres éléments de la conduite de la plaignante dans son analyse de la question du consentement, la Cour d'appel a conclu que [TRADUCTION] « ce sont les passages du poème pris isolément [. . .] qui ont fait pencher la balance en faveur de l'acquittement » (par. 70). La Cour d'appel s'est aussi dite préoccupée du fait que le juge du procès avait utilisé à tort le poème relatif au premier incident dans son examen du second incident.

[15] En toute déférence, je ne puis accepter cette façon de caractériser la décision du juge du procès pour quatre raisons.

[16] Premièrement, la Cour d'appel a affirmé à tort que [TRADUCTION] « [l]e juge du procès *ne* mentionne *pas* dans ses motifs le témoignage rendu sous serment par [la plaignante] au procès » (par. 56 (en italique dans l'original)) et qu'il « n'avait [. . .] jamais fait allusion à son témoignage sur la question du consentement ou de l'absence de consentement, ni dit pourquoi il a rejeté ce témoignage, mis à part sa mention de différents mots du poème pris isolément sur lesquels [la plaignante] n'avait jamais été interrogée » (par. 62). En fait, les huit premières pages de la transcription des motifs exposés de vive voix par le juge du procès résument le témoignage de la plaignante, et le passage de son témoignage quant à son absence de consentement y est explicitement mentionné. Le juge du procès a fait remarquer au sujet de l'incident de février que la plaignante avait repoussé l'appelant en disant [TRADUCTION] « arrête », et qu'elle s'était éloignée et n'avait jamais consenti au contact. Quant à l'incident de mai, le juge du procès a signalé que la plaignante avait dit « non » et avait repoussé l'appelant au moment où il s'est rapproché d'elle et l'a embrassée, et qu'elle avait affirmé n'avoir jamais consenti aux rapports sexuels.

[17] Avec égards, la Cour d'appel a mal interprété le dossier en reprochant au juge de ne pas avoir fait allusion au témoignage de la plaignante sur son

fact that she did not consent to the sexual activity. The trial judge referred to her evidence that she had not consented on at least three occasions in his reasons (paras. 7, 11 and 15).

[18] Second, the Court of Appeal's statement that the trial judge gave no reasons for rejecting the complainant's evidence is problematic for two reasons: the trial judge did not have to "reject" the complainant's evidence in order to be left with a reasonable doubt arising from the whole of the evidence, and the trial judge, as we shall see, gave extensive reasons as to why he was left with a reasonable doubt on the issue of consent.

[19] Third, there is no basis in the trial judge's reasons to conclude, as did the Court of Appeal, that he used small excerpts from the poem out of context. The judge quoted the poem as a whole and then drew attention to language that raised concerns in his mind, in the context of the rest of the evidence which he had heard.

[20] Finally, the Court of Appeal erred in concluding that it was a couple of brief excerpts from the poem that had "tilted" the balance in favour of acquittal and that the judge had improperly considered the poem in relation to the second incident. Respectfully, these conclusions are not based on a fair reading of the trial judge's reasons.

[21] The trial judge noted that he had to be satisfied beyond a reasonable doubt that the incidents occurred without the complainant's consent. He expressed his concern, based on the evidence of the relationship between the accused and the complainant and on the testimony of the complainant's sister, about how many times the complainant had been at the accused's home and ended up in his bed. He noted that the relationship between the appellant and the complainant was "strong but perverse" (para. 30). After referring to an excerpt from the poem and expressing concern arising from the complainant's use of the word "regret" in relation to the first incident, the trial judge asked "why did she insist in going back to the same bed that she

absence de consentement à l'activité sexuelle. Le juge du procès a évoqué ce témoignage au moins trois fois dans ses motifs (par. 7, 11 et 15).

[18] Deuxièmement, l'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès n'a pas motivé le « rejet » du témoignage de la plaignante pose problème à deux égards : le juge du procès n'avait pas à « rejeter » le témoignage de la plaignante pour qu'il subsiste dans son esprit un doute raisonnable soulevé par l'ensemble de la preuve et, comme nous le verrons, il a motivé abondamment le doute raisonnable qui subsistait dans son esprit quant au consentement.

[19] Troisièmement, les motifs du juge du procès ne donnent aucunement matière à conclure, comme l'a fait la Cour d'appel, qu'il a utilisé hors contexte de courts extraits du poème. Le juge a cité le poème dans son intégralité avant de souligner les mots qui suscitaient des doutes dans son esprit eu égard aux autres éléments de preuve qui lui ont été présentés.

[20] Enfin, la Cour d'appel a eu tort de conclure que ce sont quelques courts extraits du poème qui avaient [TRADUCTION] « fait pencher » la balance en faveur de l'acquiescement et que le juge avait eu tort d'examiner le poème relativement au deuxième incident. En toute déférence, ces conclusions ne procèdent pas d'une interprétation juste des motifs du juge du procès.

[21] Ce dernier a signalé qu'il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que les incidents étaient survenus sans le consentement de la plaignante. Il a exprimé sa réserve — fondée sur la preuve de la relation entre l'accusé et la plaignante et sur le témoignage de la sœur de la plaignante — quant au nombre de fois que la plaignante s'était trouvée chez l'accusé et avait couché dans son lit. Il a relevé que l'appelant et la plaignante entretenaient une relation [TRADUCTION] « solide mais perverse » (par. 30). Après avoir mentionné un extrait du poème et exprimé sa réserve au sujet de l'emploi, par la plaignante, du mot « regret » pour parler du premier incident, le juge du procès s'est demandé « pourquoi [elle tenait] à retourner

had been violated in?” (para. 34). This comment, of course, had nothing to do with the language of the poem but was based on the other evidence that he had heard in relation to both incidents.

[22] After referring to some further language in the poem — “First taste So bittersweet” — the judge said that he suspected very strongly when he read the poem that the complainant had been confused and that she had wrestled with going into that room. He then referred to her evidence about how she had gone to the bed on her own without discussion; the trial judge asked “[w]hy?” He then concluded that “[i]n all of the circumstances of this case” he could not be satisfied that the complainant had not consented to the sexual activity. In short, the judge’s references to the poem excerpts were in the context of his references to other aspects of the evidence, and he explicitly stated that he was taking into account all of the circumstances of the case in reaching his conclusion.

[23] Respectfully, the Court of Appeal erred in its conclusion that the trial judge had taken a “piece-meal” approach to the evidence, and that his use of the poem had been out of context and had “tilted the balance” in his decision to acquit. Further, I do not agree that “[t]he trial judge appears to have used the poem about the events of February 11, 2006, to support his finding on the consent/non-consent issue in connection with the allegation of May 20, 2006” (para. 63). As set out above, a fair reading of the trial judge’s reasons discloses that he had reasonable doubt based on his consideration of all the evidence.

B. *Under What Circumstances Do Alleged Shortcomings in a Trial Judge’s Assessment of the Evidence Constitute an Error of Law and Thereby Allow Appellate Review of an Acquittal?*

[24] The Crown’s right of appeal from an acquittal of an indictable offence is limited to “any

se coucher dans le lit où elle avait été violée » (par. 34). Bien entendu, ce commentaire n’avait rien à voir avec le texte du poème; il reposait plutôt sur les autres éléments de preuve qui lui avaient été présentés à l’égard des deux incidents.

[22] Après avoir évoqué quelques autres passages du poème — [TRADUCTION] « Première impression si aigre-douce » —, le juge a dit soupçonner très fortement, à la lecture du poème, que la plaignante était confuse et avait hésité à entrer dans cette chambre. Il a ensuite parlé de son témoignage selon lequel elle était allée au lit de son plein gré sans en avoir discuté au préalable; le juge du procès s’est demandé « [p]ourquoi? ». Il a ensuite conclu que, « [v]u les circonstances de l’espèce », il ne pouvait se convaincre que la plaignante n’avait pas consenti à l’activité sexuelle. Bref, le juge a mentionné des extraits du poème dans le contexte des autres éléments de preuve dont il a parlé, et il a expressément dit tenir compte de toutes les circonstances de l’espèce pour arriver à sa conclusion.

[23] Avec égards, la Cour d’appel a conclu à tort que le juge du procès avait analysé la preuve de façon [TRADUCTION] « fragmentaire » et que son utilisation hors contexte du poème avait « fait pencher la balance » dans sa décision d’acquitter l’appelant. De plus, j’estime qu’elle a eu tort de dire que « [l]e juge du procès semble avoir utilisé le poème relatif à l’incident survenu le 11 février 2006 pour étayer sa conclusion quant à la question du consentement ou de l’absence de consentement à l’égard de l’incident qui serait survenu le 20 mai 2006 » (par. 63). Comme je l’ai indiqué précédemment, il ressort d’une interprétation juste des motifs du juge du procès qu’il entretenait un doute raisonnable après avoir examiné toute la preuve.

B. *Dans quelles circonstances les lacunes dont souffrirait l’appréciation de la preuve par le juge du procès constituent-elles une erreur de droit et donnent-elles ouverture, pour cette raison, à la révision d’un acquittement par la cour d’appel?*

[24] Le ministère public ne peut interjeter appel de l’acquiescement d’une infraction punissable par

ground of appeal that involves a question of law alone”: *Criminal Code*, s. 676(1)(a). This limited right of appeal engages the vexed question of what constitutes, for jurisdictional purposes, an error of law alone. This appeal raises once again the issue of when the trial judge’s alleged shortcomings in assessing the evidence constitute an error of law giving rise to a Crown appeal of an acquittal. The jurisprudence currently recognizes four such situations. While this may not be an exhaustive list, it will be helpful to review these four situations briefly.

- (1) It Is an Error of Law to Make a Finding of Fact for Which There Is No Evidence — However, a Conclusion That the Trier of Fact Has a Reasonable Doubt Is Not a Finding of Fact for the Purposes of This Rule

[25] It has long been recognized that it is an error of law to make a finding of fact for which there is no supporting evidence: *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592, at p. 604. It does not follow from this principle, however, that an acquittal can be set aside on the basis that it is not supported by the evidence. An acquittal (absent some fact or element on which the accused bears the burden of proof) is not a finding of fact but instead a conclusion that the standard of persuasion beyond a reasonable doubt has not been met. Moreover, as pointed out in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 39, a reasonable doubt is logically derived from the evidence or absence of evidence. Juries are properly so instructed and told that they may accept some, all or none of a witness’s evidence: *Lifchus*, at paras. 30 and 36; Canadian Judicial Council, Model Jury Instructions, Part III, Final Instructions, 9.4 Assessment of Evidence (online).

[26] The principle that it is an error of law to make a finding of fact for which there is no supporting

voie de mise en accusation que « pour tout motif d’appel qui comporte une question de droit seulement » : *Code criminel*, al. 676(1)a). Ce droit d’appel limité fait intervenir la question épineuse de savoir en quoi consiste une erreur de droit seulement. Le présent pourvoi soulève de nouveau la question de savoir quand les lacunes dont souffrirait l’appréciation de la preuve par le juge du procès constituent une erreur de droit qui permet au ministère public d’interjeter appel d’un acquittement. La jurisprudence fait actuellement état de quatre situations de ce genre. Cette liste n’est peut-être pas exhaustive, mais il sera utile de réviser brièvement ces quatre situations.

- (1) Une conclusion de fait qui n’est appuyée par aucun élément de preuve constitue une erreur de droit — Par contre, pour l’application de cette règle, la conclusion que le juge des faits entretient un doute raisonnable n’est pas une conclusion de fait

[25] Il est reconnu depuis longtemps qu’une conclusion de fait qui n’est appuyée par aucun élément de preuve constitue une erreur de droit : *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592, p. 604. Il ne découle toutefois pas de ce principe qu’un acquittement peut être annulé parce qu’il n’est pas appuyé par la preuve. En l’absence de quelque fait ou élément à l’égard duquel le fardeau de preuve incombe à l’accusé, un acquittement est non pas une conclusion de fait, mais une conclusion qu’il n’a pas été satisfait à la norme de persuasion hors de tout doute raisonnable. Qui plus est, comme l’a souligné la Cour dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, au par. 39, un doute raisonnable doit logiquement découler de la preuve ou de l’absence de preuve. Le juge en avise à juste titre les jurés et leur dit qu’ils peuvent accepter une partie ou l’ensemble de la déposition d’un témoin ou la rejeter entièrement : *Lifchus*, par. 30 et 36; Conseil canadien de la magistrature, Modèles de directives au jury, partie III, Directives finales, 9.4 Évaluation de la preuve (en ligne).

[26] La règle selon laquelle une conclusion de fait qui n’est appuyée par aucun élément de preuve

evidence does not, in general, apply to a decision to acquit based on a reasonable doubt. As Binnie J. put it in *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245, at para. 22:

A major difference between the position of the Crown and the accused in a criminal trial, of course, is that the accused benefits from the presumption of innocence. . . . [W]hereas a conviction requires the prosecution to establish each of the factual elements of the offence beyond a reasonable doubt, no such requirement applies to an acquittal which, unlike a conviction, can rest simply on the absence of proof. [Emphasis deleted.]

[27] The point was expressed very clearly in *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 33: “. . . as a matter of law, the concept of ‘unreasonable acquittal’ is incompatible with the presumption of innocence and the burden which rests on the prosecution to prove its case beyond a reasonable doubt.”

(2) The Legal Effect of Findings of Fact or of Undisputed Facts Raises a Question of Law

[28] *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, lists this as one category of cases in which the trial judge’s assessment of the evidence may give rise to an error of law. As Sopinka J. put it, at p. 294:

If a trial judge finds all the facts necessary to reach a conclusion in law and in order to reach that conclusion the facts can simply be accepted as found, a Court of Appeal can disagree with the conclusion reached without trespassing on the fact-finding function of the trial judge. The disagreement is with respect to the law and not the facts nor inferences to be drawn from the facts. The same reasoning applies if the facts are accepted or not in dispute.

In short, the appellate court can simply apply the trial judge’s findings of fact to the proper legal principles; the trial judge’s error, if there is one, may safely be traced to a question of law rather

constitue une erreur de droit ne s’applique généralement pas à l’acquiescement fondé sur un doute raisonnable. Comme l’a dit le juge Binnie au par. 22 de l’arrêt *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245 :

La différence majeure entre la position du ministère public et celle de l’accusé dans un procès criminel tient à ce que, bien sûr, l’accusé jouit de la présomption d’innocence. [. . .] [T]andis que l’accusé ne peut être déclaré coupable que si la poursuite établit chacun des éléments factuels de l’infraction au-delà de tout doute raisonnable, cette exigence ne s’applique pas à un acquiescement qui, contrairement à une condamnation, peut reposer simplement sur l’absence de preuve. [Italiques omis.]

[27] Notre Cour l’a dit très clairement dans *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 33 : « . . . la notion d’“acquiescement déraisonnable” est incompatible, en droit, avec la présomption d’innocence et l’obligation qu’a la poursuite de présenter une preuve hors de tout doute raisonnable. »

(2) L’effet juridique des conclusions de fait ou des faits incontestés soulève une question de droit

[28] Il s’agit d’un type de situations énumérées dans l’arrêt *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, où l’appréciation de la preuve par le juge du procès peut donner lieu à une erreur de droit. Comme l’a dit le juge Sopinka à la p. 294 :

Si un juge du procès conclut à l’existence de tous les faits nécessaires pour tirer une conclusion en droit et que, pour tirer cette conclusion, ces faits peuvent simplement être tenus pour avérés, une cour d’appel peut ne pas partager la conclusion tirée sans empiéter sur la fonction de recherche des faits conférée au juge du procès. Le désaccord porte sur le droit et non sur les faits ni sur les conclusions à tirer de ceux-ci. Le même raisonnement s’applique si les faits sont acceptés ou incontestés.

En bref, la cour d’appel n’a qu’à appliquer les bons principes juridiques aux conclusions de fait du juge du procès; on peut établir en toute sûreté un lien entre l’erreur du juge, s’il en est, et une question

than to any question about how to weigh the evidence.

(3) An Assessment of the Evidence Based on a Wrong Legal Principle Is an Error of Law

[29] This is another category mentioned in *Morin*. In that case, Sopinka J. stated at p. 295, “Failure to appreciate the evidence cannot amount to an error of law unless the failure is based on a misapprehension of some legal principle.” In *B. (G.)*, Wilson J. added important cautionary words concerning this basis for appellate intervention:

. . . it will be more difficult in an appeal from an acquittal to establish with certainty that the error committed by the trial judge raised a question of law alone because of the burden of proof on the Crown in all criminal prosecutions and the increased importance of examining critically all evidence that may raise a reasonable doubt. [p. 75]

[30] This proposition was said by Lamer J. (as he then was) in *Schuldt* to constitute the proper basis for the Court’s decision in *Wild v. The Queen*, [1971] S.C.R. 101. In *Schuldt*, at p. 610, it was affirmed that except in the rare cases in which a statutory provision places an onus upon the accused, it can sometimes be said as a matter of law that there is no evidence on which the court can convict, but never that there is no evidence on which it can acquit as there is always the rebuttable presumption of innocence. This approach was also adopted in *B. (G.)* by Wilson J., at pp. 69-70, and the point was further underlined in the concurring reasons of McLachlin J. (as she then was), at p. 79, where she wrote: “In the absence of . . . misdirection the law is clear that doubts about the reasonableness of the trial judge’s assessment of the evidence [in the context of a Crown appeal of an acquittal] do not constitute questions of law alone”

de droit plutôt qu’une question de pondération adéquate de la preuve.

(3) Une appréciation de la preuve fondée sur un mauvais principe juridique constitue une erreur de droit

[29] Il s’agit d’un autre type de situations énoncé dans *Morin*. Comme l’a dit le juge Sopinka à la p. 295 de cet arrêt, « [l]’omission d’apprécier les éléments de preuve ne saurait constituer une erreur de droit que si elle résulte d’une mauvaise compréhension d’un principe juridique. » La juge Wilson a fait une importante mise en garde au sujet de ce moyen d’intervention en appel dans l’arrêt *B. (G.)* :

Il sera [. .] plus difficile dans l’appel d’un acquittement d’établir avec certitude que l’erreur commise par le juge du procès soulevait une question de droit seulement en raison du fardeau de preuve qui incombe au ministère public dans toutes les poursuites criminelles et de l’importance accrue de l’examen critique de tous les éléments de preuve susceptibles de soulever un doute raisonnable. [p. 75]

[30] Le juge Lamer, plus tard Juge en chef, a affirmé dans *Schuldt* que cette proposition constitue le véritable fondement de l’arrêt de la Cour *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101. Le juge Lamer a mentionné dans *Schuldt*, à la p. 610, que, sauf dans les rares cas où une disposition législative impose le fardeau de la preuve à l’accusé, on peut parfois dire en droit qu’il y a absence de preuve qui puisse permettre au tribunal de déclarer le prévenu coupable, mais on ne peut jamais dire qu’il y a absence de preuve qui lui permette de l’acquitter, car il y a toujours la présomption d’innocence qui doit être réfutée. La juge Wilson a elle aussi fait sienne cette approche aux p. 69 et 70 de l’arrêt *B. (G.)*, et la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a également souligné ce point comme suit dans ses motifs concordants, à la p. 79 : « En l’absence d’une [. .] erreur, la loi prévoit clairement que les doutes sur le caractère raisonnable de l’appréciation de la preuve par le juge du procès [dans le cas d’un appel formé par le ministère public à l’encontre d’un acquittement] ne constituent pas uniquement une question de droit . . . »

(4) The Trial Judge's Failure to Consider All of the Evidence in Relation to the Ultimate Issue of Guilt or Innocence Is an Error of Law

[31] This was Sopinka J.'s last category in *Morin* (pp. 295-96). The underlying legal principle is set out in another decision called *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345. The principle is that it is an error of law to subject individual pieces of evidence to the standard of proof beyond a reasonable doubt; the evidence must be looked at as a whole: see, e.g., *B. (G.)*, at pp. 75-77 and 79. However, Sopinka J. sounded an important warning about how this error may be identified. It is a misapplication of the *Morin* principle to apply it whenever a trial judge fails to deal with each piece of evidence or record each piece of evidence and his or her assessment of it. As noted in *Morin* (1992), at p. 296, "A trial judge must consider all of the evidence in relation to the ultimate issue but unless the reasons demonstrate that this was not done, the failure to record the fact of it having been done is not a proper basis for concluding that there was an error of law in this respect." This was the basis of intervention relied on by the Court of Appeal, but as noted earlier, a fair reading of the trial judge's reasons does not support this finding of legal error.

[32] A trial judge is not required to refer to every item of evidence considered or to detail the way each item of evidence was assessed. As Binnie J. pointed out in *Walker*, "Reasons are sufficient if they are responsive to the case's live issues and the parties' key arguments. Their sufficiency should be measured not in the abstract, but as they respond to the substance of what was in issue" (para. 20). *Walker* also clearly holds that the adequacy of a trial judge's reasons is informed by the limited grounds for Crown rights of appeal from acquittals (paras. 2 and 22). As Binnie J. succinctly put it, "Caution must be taken to avoid seizing on perceived deficiencies in a trial judge's reasons for acquittal to

(4) Le juge du procès commet une erreur de droit s'il ne tient pas compte de toute la preuve qui se rapporte à la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence

[31] C'est le dernier type de situations énumérées par le juge Sopinka dans *Morin* (p. 295 et 296). Un autre arrêt portant le même intitulé, *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, en énonce le principe juridique sous-jacent. Selon ce principe, c'est une erreur de droit que d'assujettir des éléments de preuve individuels à la norme de preuve hors de tout doute raisonnable; il faut examiner l'ensemble de la preuve : voir, notamment, *B. (G.)*, p. 75-77 et 79. Le juge Sopinka a toutefois servi une importante mise en garde à propos de la manière dont on peut relever l'erreur en question. Il est erroné d'appliquer le principe établi dans *Morin* chaque fois que le juge du procès ne traite pas de chacun des éléments de preuve ou ne consigne pas chacun d'eux et l'appréciation qu'il en a faite. Comme le juge Sopinka l'a souligné à la p. 296 de l'arrêt *Morin* (1992) : « Le juge du procès doit examiner tous les éléments de preuve qui se rapportent à la question ultime à trancher, mais à moins que les motifs démontrent que cela n'a pas été fait, l'omission de consigner que cet examen a été fait ne permet pas de conclure qu'une erreur de droit a été commise à cet égard. » C'est le motif sur lequel s'est fondée la Cour d'appel pour intervenir, mais, comme je l'ai déjà dit, une interprétation juste des motifs du juge du procès n'était pas ce constat d'erreur de droit.

[32] Le juge du procès n'est pas tenu de mentionner chacun des éléments de preuve qu'il a examinés ou d'expliquer en détail l'appréciation qu'il a faite de chacun d'eux. Comme l'a souligné le juge Binnie dans *Walker*, « [L]es motifs sont suffisants s'ils répondent aux questions en litige et aux principaux arguments des parties. Leur suffisance doit être mesurée non pas dans l'abstrait, mais d'après la réponse qu'ils apportent aux éléments essentiels du litige » (par. 20). L'arrêt *Walker* établit aussi clairement que le caractère suffisant des motifs du juge du procès est fonction des moyens limités permettant au ministère public de faire appel d'un acquittement (par. 2 et 22). Comme l'a dit succinctement

create a ground of ‘unreasonable acquittal’ which is not open to the court under the provisions of the *Criminal Code*” (para. 2).

[33] Having reviewed four types of cases in which an alleged mishandling of the evidence may constitute an error of law alone, I return to the appellant’s submissions. He argues that on a Crown appeal from an acquittal, where the error of law is alleged to be a defect in the trial judge’s assessment of the evidence, a reviewable error arises only where four conditions are met: (a) an error of law has been committed; (b) the misapprehension of the evidence is not properly characterized as either an unreasonable verdict or a miscarriage of justice; (c) the Crown can show with a high degree of certainty that the error affected the verdict; and (d) there has been a shift in a legal burden to the accused. For reasons I will develop, I cannot accept this submission.

[34] The appellant’s first condition — that an error of law has been committed — simply restates the question. The question is under what circumstances may an alleged mishandling of the evidence by the trial judge constitute an error of law alone giving the Crown a right of appeal from an acquittal. I have reviewed four types of situations, which may not be an exhaustive list, in which this may be the case.

[35] The appellant’s second condition, relating to whether the alleged misapprehension of the evidence is “not properly characterized” as an unreasonable verdict or a miscarriage of justice, is not a helpful way of approaching the issue. Unreasonable verdict and miscarriage of justice are bases for appellate intervention in the case of conviction appeals; reference to them does not help identify errors of law alone for the purposes of Crown appeals from acquittals.

le juge Binnie, « [i]l faut prendre garde de ne pas s’arrêter aux lacunes apparentes des motifs formulés par le juge du procès lors de l’acquiescement pour créer un motif d’“acquiescement déraisonnable”, verdict que le tribunal ne peut prononcer en vertu du *Code criminel* » (par. 2).

[33] Après avoir examiné quatre types de situations dans lesquelles un traitement prétendument inadéquat de la preuve peut constituer une erreur de droit seulement, je reviens aux observations de l’appelant. Selon lui, lorsque le ministère public interjette appel d’un acquiescement et prétend qu’une faille dans l’appréciation de la preuve par le juge du procès constitue une erreur de droit, cette erreur n’est susceptible de révision que si quatre conditions sont réunies : a) une erreur de droit a été commise; b) la mauvaise interprétation de la preuve n’est pas en réalité un verdict déraisonnable ou une erreur judiciaire; c) le ministère public est à même de démontrer avec un degré de certitude élevé que l’erreur a influé sur le verdict; et d) il y a eu déplacement vers l’accusé d’un fardeau imposé par la loi. Pour les motifs exposés plus loin, je ne puis accepter cette observation.

[34] La première condition énoncée par l’appelant — une erreur de droit a été commise — ne fait que reformuler la question, qui est de savoir dans quelles circonstances un traitement prétendument inadéquat de la preuve par le juge du procès peut constituer une erreur de droit seulement qui permet au ministère public de faire appel d’un acquiescement. J’ai étudié quatre types de situations — et il y en a peut-être d’autres — où cela peut se produire.

[35] La deuxième condition énoncée par l’appelant, qui a trait au point de savoir si la mauvaise interprétation de la preuve « n’est pas en réalité » un verdict déraisonnable ou une erreur judiciaire, n’est pas un moyen utile d’aborder la question. Le verdict déraisonnable et l’erreur judiciaire sont des moyens de révision en appel d’une déclaration de culpabilité; le fait de les mentionner n’aide pas à identifier les erreurs de droit seulement lorsque le ministère public fait appel d’un acquiescement.

[36] The appellant's third condition, that the Crown can show a high degree of certainty that the error affected the verdict, similarly does not assist in identifying a question of law alone. This condition relates not to whether an error is one of law, but to when, in the presence of an error of law, appellate intervention is justified.

[37] The appellant's fourth point is that a trial judge's treatment of the evidence can never constitute an error of law for the purposes of permitting a Crown appeal unless there has been a shifting of the burden of proof. He bases this position on a statement by Lamer J. in *Schuldt*, at p. 604:

... a finding of fact that is made in the absence of any supportive evidence is an error of law. I must say, however, that that will happen as regards an acquittal only if there has been a transfer to the accused by law of the burden of proof of a given fact.

[38] The appellant contends that the Court's decision in *Wild* should now be considered to have been wrongly decided.

[39] Respectfully, I do not accept either of these submissions. As I explained earlier, the principle set out in *Schuldt* (and many other cases) is that a reasonable doubt does not need to be based on the evidence; it may arise from an absence of evidence or a simple failure of the evidence to persuade the trier of fact to the requisite level of beyond reasonable doubt. The Court has twice, in *Schuldt* and *B. (G.)*, explained the proper basis of the decision in *Wild*. It is only where a reasonable doubt is tainted by a legal error that appellate intervention in an acquittal is permitted.

C. Application to This Case

[40] As noted, while it is an error of law for a trial judge to assess the evidence piecemeal, the trial judge's reasons in this case do not, in my view, disclose any such error.

[36] La troisième condition qu'énonce l'appellant — le ministère public est à même de démontrer avec un degré de certitude élevé que l'erreur a influé sur le verdict — n'aide pas non plus à reconnaître une question de droit seulement. Cette condition se rapporte non pas à la question de savoir si l'erreur en est une de droit, mais à celle de savoir quand la juridiction d'appel peut intervenir en cas d'erreur de droit.

[37] Selon le quatrième argument de l'appellant, le traitement de la preuve par le juge du procès peut seulement constituer une erreur de droit donnant ouverture à un appel du ministère public s'il y a eu déplacement du fardeau de preuve. L'appellant fonde cette position sur des propos tenus par le juge Lamer dans *Schuldt*, à la p. 604 :

... une conclusion de fait qui n'est appuyée par aucun élément de preuve constitue une erreur de droit. Cela dit, je m'empresse d'ajouter que, dans le cas d'un acquittement, cela ne se produira que si la loi a transféré à l'accusé l'obligation de prouver un fait donné.

[38] L'appellant prétend qu'il faut désormais considérer comme mal fondé l'arrêt de la Cour *Wild*.

[39] Avec égards, je n'accepte aucune de ces observations. Comme je l'ai expliqué précédemment, l'arrêt *Schuldt* (et bien d'autres décisions) énonce le principe qu'un doute raisonnable n'a pas à reposer sur la preuve; le doute peut découler d'une absence de preuve ou du simple fait que la preuve ne parvient pas à convaincre le juge des faits hors de tout doute raisonnable, soit la norme à atteindre. La Cour a expliqué à deux reprises, dans *Schuldt* et *B. (G.)*, le fondement sur lequel repose l'arrêt *Wild*. Ce n'est que lorsqu'un doute raisonnable est vicié par une erreur de droit que l'on peut réviser en appel un acquittement.

C. Application aux faits de l'espèce

[40] Comme je l'ai déjà dit, bien que le juge présidant un procès commette une erreur de droit en analysant la preuve de façon fragmentaire, les motifs du juge du procès en l'espèce ne révèlent, à mon avis, aucune erreur de ce genre.

V. Disposition

[41] I would allow the appeal and restore the acquittals entered at trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Hicks Adams, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener: Public Prosecution Service of Canada, Gatineau.

V. Dispositif

[41] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les acquittements prononcés au procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Hicks Adams, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant : Service des poursuites pénales du Canada, Gatineau.