

Larry Wayne Jesse *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JESSE

2012 SCC 21

File No.: 33694.

2011: December 9; 2012: April 27.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Prior conviction — Voir dire — Whether Crown was entitled to lead prior conviction on similar fact voir dire — Whether accused was entitled to challenge prior conviction on similar fact voir dire — Whether trial judge committed reversible error in finding, at trial, that accused had likely assaulted first victim.

The appellant was charged with sexually assaulting a severely intoxicated woman, J.M., by inserting a wine cork into her vagina. At trial, the Crown sought to introduce similar fact evidence showing that, in 1995, a jury had convicted the appellant of sexually assaulting another severely intoxicated woman, J.S., by inserting two large plastic shopping bags into her vagina. Although the appellant maintained at that trial that he was not J.S.'s assailant, he did not appeal the conviction or challenge the seven-year sentence he received.

The appellant's trial for sexually assaulting J.M. was conducted by a judge alone. On a *voir dire* to determine the admissibility of the similar fact evidence regarding J.S., the trial judge permitted the Crown to prove the 1995 conviction for the limited purpose of linking the appellant to the earlier sexual assault. The trial judge did not permit the appellant to challenge the prior

Larry Wayne Jesse *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. JESSE

2012 CSC 21

N° du greffe : 33694.

2011 : 9 décembre; 2012 : 27 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Déclaration de culpabilité antérieure — Voir-dire — Le ministère public avait-il le droit de produire une déclaration de culpabilité antérieure dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires? — L'accusé avait-il le droit de contester une déclaration de culpabilité antérieure dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires? — La juge du procès a-t-elle commis une erreur justifiant l'annulation de sa décision en concluant, lors du procès lui-même, que l'accusé était probablement l'agresseur de la première victime?

L'appellant a été accusé d'avoir agressé sexuellement une femme complètement ivre, J.M., en insérant un bouchon de bouteille de vin dans son vagin. Lors du procès, le ministère public a cherché à produire une preuve de faits similaires selon laquelle, en 1995, un jury avait reconnu l'appellant coupable d'avoir agressé sexuellement une autre femme complètement ivre, J.S., en lui insérant deux grands sacs à emplettes dans le vagin. Même s'il avait affirmé lors du procès ne pas avoir été l'agresseur de J.S., l'appellant n'a pas porté cette déclaration de culpabilité en appel et n'a pas non plus contesté la peine de sept ans qui lui a été infligée.

Le procès de l'appellant relatif à l'agression sexuelle dont J.M. a été victime s'est déroulé devant une juge siégeant seule. Au cours du voir-dire tenu sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires relatifs à J.S., la juge du procès a permis au ministère public de produire la déclaration de culpabilité de 1995 dans le but limité de rattacher l'appellant à l'agression sexuelle antérieure. Dans

conviction on the *voir dire*, although she allowed him to do so on the trial proper. Placing considerable weight on the prior conviction involving J.S., the trial judge ultimately convicted the appellant of sexually assaulting J.M. His appeal from conviction was dismissed by the British Columbia Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The prior conviction was admissible as “some evidence” linking the appellant to the assault on J.S. In the context of a similar fact application, a prior conviction may be tendered to establish an essential element of the prior offence where that element has been placed in issue. In this case, the appellant contested that he was the person responsible for the prior act, thus putting the question of identity in issue and allowing the Crown to lead the prior conviction as “some evidence” of his involvement in that prior act. The admissibility of a prior conviction does not depend on whether it was the product of a guilty plea or a post-trial guilty verdict. Verdicts should not be viewed as hearsay or opinion evidence of questionable value. Whether rendered by a jury or by judge alone, they are presumptively reliable and, on the issue of identity, should be treated that way unless overturned on appeal or later shown to be wrong.

Because similar fact evidence is presumptively inadmissible, its probative value must exceed its prejudicial effect. In this case, the prejudicial effect of admitting the prior conviction did not warrant its exclusion. The appellant’s prior conviction for sexually assaulting J.S. had significant probative value. Admitting it did not, *per se*, render the trial unfair or occasion irretrievable prejudice to the appellant. There are several reasons for this. First, it is not uncommon for a trier of fact to be exposed to a prior conviction, in the form of a guilty plea, which stems from the similar fact evidence the Crown seeks to lead. The trier of fact is made aware of the limited use that can be made of the similar fact evidence, and the accused can challenge or explain the prior conviction. Second, while a prior conviction constitutes strong proof that the similar act conduct in question occurred, that does not make the conviction inadmissible. The fact that a piece of evidence operates

le cadre de ce voir-dire, elle n’a pas autorisé l’appelant à contester la déclaration de culpabilité antérieure, mais elle lui a permis de le faire lors du procès lui-même. Le juge du procès a accordé une grande valeur à l’agression dont J.S. avait été victime et a, ultimement, déclaré l’appelant coupable d’agression sexuelle sur J.M. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a rejeté l’appel qu’il avait formé contre sa déclaration de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La déclaration de culpabilité était admissible pour satisfaire à l’exigence de l’existence « d’éléments de preuve » rattachant l’appelant à l’agression de J.S. Dans le contexte d’une demande visant à faire admettre un élément de preuve à titre de preuve de faits similaires, une déclaration de culpabilité peut être produite pour établir un élément essentiel de l’infraction antérieure lorsque cet élément est en cause. En l’espèce, l’appelant a contesté sa responsabilité à l’égard de l’acte antérieur. Ce faisant, il a soulevé la question de l’identité et ouvert la voie à la production par le ministère public de la déclaration de culpabilité comme preuve de l’existence « d’éléments de preuve » de sa participation à l’acte antérieur. L’admissibilité d’une déclaration de culpabilité antérieure n’est pas tributaire du fait qu’elle fait suite à un plaidoyer de culpabilité ou qu’elle est le fruit d’un verdict de culpabilité prononcé au terme d’un procès. Les verdicts ne doivent pas être pris pour une preuve par ouï-dire ou encore pour une preuve d’opinion de valeur douteuse. Qu’ils aient été prononcés par des jurys ou par des juges siégeant seuls, les verdicts sont présumés fiables et, lorsque l’identité est en cause, ils devraient être reconnus comme tels, à moins qu’ils n’aient été infirmés en appel ou qu’ils ne soient ultérieurement jugés erronés.

Puisque la preuve de faits similaires est présumée inadmissible, sa valeur probante doit l’emporter sur son effet préjudiciable. En l’espèce, l’effet préjudiciable découlant de l’admission de la déclaration de culpabilité ne justifiait pas son exclusion. La déclaration de culpabilité antérieure de l’appelant pour l’agression sexuelle dont J.S. a été victime avait une grande valeur probante. L’admettre n’a pas, en soi, rendu son procès inéquitable ni ne lui a occasionné un préjudice irrémédiable, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, il n’est pas inhabituel pour les juges des faits d’être exposés à des déclarations de culpabilité antérieures qui font suite à des plaidoyers de culpabilité, et que le ministère public tente de produire afin d’établir une preuve de faits similaires. Les juges des faits connaissent l’utilisation limitée qu’ils peuvent faire de la preuve de faits similaires et l’accusé peut la contester ou l’expliquer s’il le souhaite. Deuxièmement, une déclaration de culpabilité antérieure constitue certes

unfortunately for an accused does not render the evidence inadmissible or the trial unfair. Third, an accused is entitled to a fair trial, not a trial in which the playing field is tilted in his or her favour. Once an accused challenges his or her involvement in an earlier incident, the rules of evidence do not permit the accused to keep the best evidence linking him or her to that incident — the conviction — from the trier of fact.

While an accused should not be automatically foreclosed from challenging a prior conviction at the *voir dire* stage of a similar fact application, situations in which such a challenge may be launched will be rare because of the low evidentiary threshold (“some evidence”) required to link an accused to the similar act. A challenge at the *voir dire* stage will not be appropriate if there is no reasonable likelihood that it will impact the admissibility of the evidence. In deciding whether the conviction can be challenged, labels such as *res judicata* and abuse of process are unhelpful and inappropriate — neither of these doctrines can prevent an accused from challenging a prior conviction on a *voir dire*. The decision to allow a challenge or not at the *voir dire* stage is a function of the trial judge’s right to control the proceedings.

In this case, the trial judge made no error in receiving the prior conviction on the similar fact *voir dire* for the limited purpose of linking the appellant to the sexual assault on J.S. The verdict giving rise to the prior conviction constituted highly reliable evidence and, at a minimum, constituted “some evidence” that he had assaulted J.S. Its probative value was clear and outweighed any prejudicial effect.

On the trial proper, the trial judge was satisfied, on balance, that the appellant had assaulted J.S. The frailties of the identification evidence, though well known to her, did not cause her to doubt the integrity of the prior conviction.

Cases Cited

Not followed: *Hollington v. F. Hewthorn & Co.*, [1943] 1 K.B. 587; **applied:** *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R.

une preuve solide que le comportement visé par les faits similaires en question a eu lieu, cela ne la rend pas inadmissible. Qu’un élément de preuve ait des conséquences malheureuses pour l’accusé ne le rend pas inadmissible ni ne rend le procès inéquitable. Troisièmement, l’accusé a droit à un procès équitable, mais pas à un procès qui lui garantit que les règles du jeu penchent en sa faveur. Lorsqu’un accusé conteste sa participation à un incident antérieur, les règles de preuve ne lui donnent pas le droit d’empêcher que le juge des faits dispose de la meilleure preuve — la déclaration de culpabilité — que le ministère public pouvait obtenir pour le rattacher à l’incident.

Si un accusé ne devrait pas être automatiquement préclus de contester une déclaration de culpabilité antérieure à l’étape du voir-dire relatif à une demande visant à la faire admettre à titre de preuve de faits similaires, les situations qui donnent ouverture à une telle contestation sont rares vu la norme de preuve peu élevée (soit qu’il existe « des éléments de preuve ») à laquelle il faut satisfaire pour rattacher l’accusé aux faits similaires. Une contestation à l’étape du voir-dire ne sera pas appropriée s’il n’y a aucune probabilité raisonnable que celle-ci ait une incidence sur l’admissibilité de la preuve. Les termes *chose jugée* et *abus de procédure* sont inutiles et inappropriés pour répondre à la question de savoir si la déclaration de culpabilité pouvait être contestée à l’étape du voir-dire — ni l’une ni l’autre de ces doctrines ne sauraient empêcher un accusé de contester une déclaration de culpabilité antérieure dans le cadre d’un voir-dire. La décision d’autoriser ou non la contestation à l’étape du voir-dire tient au droit du juge du procès d’être maître de la conduite de l’instance.

En l’espèce, le juge du procès n’a commis aucune erreur en admettant la déclaration de culpabilité antérieure à titre de preuve de faits similaires à l’issue du voir-dire dans le but limité de rattacher l’appelant à l’agression sexuelle de J.S. Le verdict ayant donné lieu à cette déclaration de culpabilité antérieure constituait une preuve très fiable et, à tout le moins, a établi l’existence « d’éléments de preuve » que l’appelant avait agressé J.S. Sa valeur probante était évidente et l’empêchait sur son effet préjudiciable.

Lors du procès, le juge du procès a été convaincue, suivant la prépondérance des probabilités, que l’appelant était l’agresseur de J.S. Les faiblesses de la preuve quant à l’identité de l’agresseur, même si elle en était tout à fait consciente, ne l’ont pas amenée à douter de l’intégrité de la déclaration de culpabilité antérieure.

Jurisprudence

Arrêt non suivi : *Hollington c. F. Hewthorn & Co.*, [1943] 1 K.B. 587; **arrêt appliqué :** *R. c. Arp*, [1998]

339; **referred to:** *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Duong* (1998), 39 O.R. (3d) 161; *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316; *British Columbia (Attorney General) v. Malik*, 2011 SCC 18, [2011] 1 S.C.R. 657; *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1984), 48 O.R. (2d) 266; *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. viii; *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. v. Fisher*, 2003 SKCA 90, 179 C.C.C. (3d) 138, leave to appeal refused, [2004] 3 S.C.R. viii; *R. v. James* (2006), 84 O.R. (3d) 227, leave to appeal refused, [2007] 3 S.C.R. x; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 696.3(3)(a).

Authors Cited

Cross and Tapper on Evidence, 12th ed. by Colin Tapper. New York: Oxford University Press, 2010.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, rev. 5th ed., Toronto: Irwin Law, 2008.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Chiasson, D. Smith and Neilson J.J.A.), 2010 BCCA 108, 284 B.C.A.C. 192, 481 W.A.C. 192, 252 C.C.C. (3d) 442, 205 C.R.R. (2d) 11, 73 C.R. (6th) 263, [2010] B.C.J. No. 381 (QL), 2010 CarswellBC 514, affirming the conviction for sexual assault entered by Arnold-Bailey J., 2007 BCSC 1355, [2007] B.C.J. No. 1991 (QL), 2007 CarswellBC 2079. Appeal dismissed.

Gil D. McKinnon, Q.C., and *Gregory S. Pun*, for the appellant.

Jennifer Duncan and *Elizabeth A. Campbell*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] Following a trial before Justice Arnold-Bailey of the Supreme Court of British Columbia, sitting alone, the appellant was convicted of one count of

3 R.C.S. 339; **arrêts mentionnés :** *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Duong* (1998), 39 O.R. (3d) 161; *R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik*, 2011 CSC 18, [2011] 1 R.C.S. 657; *Demeter c. British Pacific Life Insurance Co.* (1984), 48 O.R. (2d) 266; *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1, autorisation d'appel refusée, [1986] 1 R.C.S. viii; *R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. c. Fisher*, 2003 SKCA 90, 179 C.C.C. (3d) 138, autorisation d'appel refusée, [2004] 3 R.C.S. viii; *R. c. James* (2006), 84 O.R. (3d) 227, autorisation d'appel refusée, [2007] 3 R.C.S. x; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 696.3(3)(a).

Doctrine et autres documents cités

Cross and Tapper on Evidence, 12th ed. by Colin Tapper. New York : Oxford University Press, 2010.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, rev. 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Chiasson, D. Smith et Neilson), 2010 BCCA 108, 284 B.C.A.C. 192, 481 W.A.C. 192, 252 C.C.C. (3d) 442, 205 C.R.R. (2d) 11, 73 C.R. (6th) 263, [2010] B.C.J. No. 381 (QL), 2010 CarswellBC 514, qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle inscrite par la juge Arnold-Bailey, 2007 BCSC 1355, [2007] B.C.J. No. 1991 (QL), 2007 CarswellBC 2079. Pourvoi rejeté.

Gil D. McKinnon, c.r., et *Gregory S. Pun*, pour l'appellant.

Jennifer Duncan et *Elizabeth A. Campbell*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] À la suite de son procès devant la juge Arnold-Bailey de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, siégeant seule, l'appellant a été déclaré

sexual assault against J.M. His appeal from conviction was dismissed by the British Columbia Court of Appeal. He now appeals to this Court with leave, seeking to have his conviction overturned and a new trial ordered.

[2] This appeal raises evidentiary and procedural issues surrounding the admissibility and use of a prior conviction, where the conduct underlying that conviction is sought to be introduced as similar fact evidence to prove identity.

[3] In this case, the similar act conduct relates to the sexual assault of a woman named J.S. in 1993, for which the appellant was convicted in 1995. On a *voir dire* to determine the admissibility of that evidence, Arnold-Bailey J. permitted the Crown to prove the 1995 conviction for the limited purpose of linking the appellant to the sexual assault on J.S. The trial judge did not permit the appellant to challenge the prior conviction on the *voir dire*, although she allowed him to do so on the trial proper.

[4] The appellant submits that the trial judge erred in permitting the Crown to lead his 1995 conviction on the similar fact application. He further submits that the trial judge erred in foreclosing him from challenging that conviction on the *voir dire*. Those two issues form the centrepiece of this appeal.

II. Background

[5] The facts surrounding the J.S. incident may be briefly stated. On the night of January 26, 1993, a passerby witnessed J.S. lying on her stomach in

coupable d'un chef d'agression sexuelle contre J.M. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel qu'il avait formé contre sa déclaration de culpabilité. Il se pourvoit maintenant, avec l'autorisation de la Cour, nous demandant de casser cette déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[2] Le présent pourvoi soulève des questions de preuve et de procédure relatives à l'admissibilité et à l'utilisation d'une déclaration de culpabilité antérieure prononcée contre l'appellant, déclaration de culpabilité découlant du comportement que le ministère public cherchait à produire à titre de preuve de faits similaires pour établir l'identité de l'appellant au procès qui fait l'objet du présent pourvoi.

[3] En l'espèce, le comportement visé par les faits similaires se rapporte à l'agression sexuelle en 1993 d'une femme nommée J.S., dont l'appellant a été reconnu coupable en 1995. Au cours du voir-dire tenu sur l'admissibilité de cet élément de preuve, la juge Arnold-Bailey a permis au ministère public de produire la déclaration de culpabilité de 1995 dans le but limité de rattacher l'appellant à l'agression sexuelle de J.S. En outre, dans le cadre de ce voir-dire, elle n'a pas autorisé l'appellant à contester la déclaration de culpabilité antérieure, mais elle lui a permis de le faire lors du procès lui-même.

[4] L'appellant affirme que la juge du procès a commis une erreur en autorisant le ministère public à produire la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995 dans le cadre de la demande visant à la faire admettre à titre de preuve de faits similaires. À son avis, la juge du procès a aussi commis une erreur en lui interdisant de contester cette déclaration de culpabilité durant le voir-dire. Ces deux questions constituent le cœur du présent appel.

II. Contexte

[5] Les circonstances de l'agression dont J.S. a été victime peuvent être relatées brièvement. Le soir du 26 janvier 1993, un passant a vu J.S. gisant à

a dark public place. A man appeared to be inserting something into her vagina. By the time the witness had gathered some friends and returned to the scene, the man was leaving. J.S. was intoxicated and incoherent. She was examined by a doctor some hours later. In the course of the examination, the doctor found two large compacted shopping bags inserted into her vagina. The appellant was apprehended near the scene of the crime. Although he maintained that he was not J.S.'s assailant, he was charged with sexual assault and convicted following a trial by judge and jury in 1995. He did not appeal from that conviction, nor did he challenge the seven-year sentence he received.

[6] Several years after his release from prison on the J.S. matter, the appellant was charged again with sexual assault, this time in relation to a woman named J.M. The incident in question occurred on February 19, 2005. At the trial relating to this incident — which forms the basis of the instant appeal — the appellant denied that he was responsible for the assault on J.M. The circumstantial evidence pointed to the appellant and one other man as the only two people who could have committed the crime.

[7] The sexual assault on J.M. took place at a house where she and her friends, along with the appellant and others, had been partying. At the end of the evening, the appellant left to walk home. About five minutes later, C.S., who lived at the house, and her partner, G.B., went looking for the appellant to offer him a ride home. At that point, J.M. and one man were alone in the house. Both had passed out from excessive alcohol consumption.

[8] Unable to find the appellant, C.S. and G.B. returned to the house. They had been gone for no more than 15 minutes. C.S. was surprised to find the front door locked. She banged on the door and, a minute or so later, the appellant opened it

plat ventre dans un endroit public obscur. Un homme semblait être en train d'insérer quelque chose dans son vagin. Après avoir réuni quelques amis, le témoin est retourné sur les lieux, mais l'homme partait. J.S. était intoxiquée et incohérente. Un médecin l'a examinée quelques heures plus tard. Pendant l'examen, le médecin a trouvé dans le vagin de J.S. deux grands sacs à emplettes compactés. L'appellant a été arrêté près du lieu du crime. Même s'il affirmait ne pas avoir été l'agresseur de J.S., il a été accusé d'agression sexuelle puis, au terme d'un procès devant juge et jury, reconnu coupable en 1995 d'avoir commis ce crime. Il n'a pas porté cette déclaration de culpabilité en appel. Il n'a pas non plus contesté la peine de sept ans qui lui a été infligée.

[6] Plusieurs années après sa remise en liberté au terme de son emprisonnement dans l'affaire J.S., l'appellant a encore une fois été accusé d'agression sexuelle, cette fois relativement à une femme nommée J.M. L'incident à l'origine de cette poursuite est survenu le 19 février 2005. Lors du procès qu'il a subi quant à cette accusation — soit celle à l'origine du présent pourvoi —, l'appellant a nié être responsable de cette agression. La preuve circonstancielle a établi que l'appellant et un autre homme étaient les deux seules personnes susceptibles d'avoir commis le crime.

[7] L'agression sexuelle de J.M. est survenue dans une résidence où elle faisait la fête avec ses amis, en compagnie de l'appellant et d'autres personnes. À la fin de la soirée, l'appellant est parti pour rentrer chez lui à pied. Environ cinq minutes plus tard, C.S., qui habitait la résidence, est partie avec son conjoint, G.B., à la recherche de l'appellant, pour lui offrir de le raccompagner chez lui en voiture. À ce moment-là, J.M. et un homme étaient seuls dans la résidence. Ils étaient tous les deux inconscients en raison de leur consommation abusive d'alcool.

[8] N'ayant pu trouver l'appellant, C.S. et G.B. sont revenus à la maison. Ils avaient été partis tout au plus une quinzaine de minutes. C.S. a été étonnée de constater que la porte d'entrée était verrouillée. Elle l'a frappée à grands coups puis, environ une

from the inside, rushed past her and G.B., and ran away.

[9] C.S. and G.B. entered the home where they found J.M. unconscious, naked from the waist down, lying on the living room floor. Blunt instruments — consisting of an electric toothbrush, a hair brush with a five- or six-inch handle and a regular toothbrush — were found on the floor near her. According to the unchallenged evidence of C.S. and G.B., those items were out of place and must have been removed by someone from the bathroom where they were normally kept.

[10] The next morning, while urinating, J.M. excreted a wine cork from her vagina.

[11] In view of the highly unusual nature of the sexual assaults on J.S. and J.M. and the bizarre features they shared in common, Crown counsel sought to introduce, as similar fact evidence, the sexual assault on J.S. at the appellant's trial for sexually assaulting J.M. The purpose of the proposed evidence was to ask the trial judge to infer from the highly unusual nature and bizarre features of the assaults on J.S. and J.M. that the appellant was the person who had committed the assault on J.M. If admitted, the sexual assault on J.S. would not constitute conclusive proof of the appellant's guilt on the charge involving J.M. It would simply be a piece of circumstantial evidence, bearing on the issue of the identity of J.M.'s assailant, that the trier of fact could consider along with the rest of the evidence in deciding whether the Crown had proved its case against the appellant beyond a reasonable doubt.

[12] On the *voir dire* to determine the admissibility of the proposed similar fact evidence, Crown counsel called a number of witnesses who had testified approximately 11 years earlier, at the

minute plus tard, l'appelant lui a ouvert de l'intérieur et a pris la fuite, après les avoir bousculés elle et G.B.

[9] C.S. et G.B. sont entrés dans la maison et ont trouvé J.M. inconsciente, gisant nue de la taille aux pieds sur le plancher du séjour. Des objets contondants — une brosse à dents électrique, une brosse à cheveux munie d'un manche de cinq ou six pouces et une brosse à dents ordinaire — ont été trouvés sur le plancher à côté de J.M. Suivant les témoignages non contestés de C.S. et de G.B., ces objets n'étaient pas à leur place et devaient avoir été déplacés de la salle de bain où ils se trouvaient normalement.

[10] Le lendemain matin, pendant qu'elle urinait, J.M. a excrété un bouchon de bouteille de vin de son vagin.

[11] Compte tenu de la nature très inhabituelle des agressions sexuelles de J.S. et de J.M. et des caractéristiques étranges qu'elles avaient en commun, l'avocate du ministère public a cherché à produire la preuve de l'agression sexuelle de J.S. à titre de preuve de faits similaires au procès de l'appelant relativement à l'agression sexuelle de J.M. En proposant de mettre cela en preuve, le ministère public invitait la juge à déduire de la nature très inhabituelle et des caractéristiques étranges des agressions de J.S. et de J.M. que l'appelant était l'agresseur de J.M. Si elle était admise en preuve, la preuve de l'agression sexuelle de J.S. n'allait pas constituer une preuve concluante de la culpabilité de l'appelant relativement à l'accusation concernant J.M. Il allait simplement s'agir d'un élément de preuve circonstancielle lié à la question de l'identité de l'agresseur de J.M. que le juge des faits pourrait examiner, au même titre que le reste de la preuve, afin de décider si le ministère public avait démontré hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'appelant.

[12] Lors du *voir-dire* visant à juger de l'admissibilité de la preuve de faits similaires, l'avocate du ministère public a fait entendre plusieurs des personnes qui avaient témoigné quelque 11 années

appellant's 1995 trial.¹ J.S. was not among them, as she had died in the interim. One of the witnesses described the nature of the sexual assault on J.S., and others recounted the appellant's post-assault movements pending the arrival of the police and his ensuing arrest. Crown counsel who prosecuted the J.S. case tendered a certified copy of the indictment upon which the appellant was tried and convicted. A doctor who examined J.S. testified about the compacted shopping bags in J.S.'s vagina. She explained that, in the course of 142 examinations of alleged sexual assault victims over the past 15 years, she had never before found a foreign object in a vagina. Evidence was also tendered which established that fingerprints taken from the appellant upon his arrest in 1993 matched the fingerprints taken from him upon his arrest in 2005. That is to say, the appellant definitively was the same man who had been convicted of the 1993 sexual assault of J.S.

[13] The appellant challenged the testimony of the witnesses who purported to identify him as J.S.'s assailant. He impugned the reliability of their observations and called into question some of the police practices used to identify him — just as he had at his trial in 1995. However, he did not testify on the *voir dire* and hence did not directly deny responsibility for the assault on J.S. In closing submissions on the *voir dire*, he characterized the evidence implicating him as J.S.'s assailant as tenuous and claimed that it was insufficient to link him to the assault on J.S. Thus, he argued that the J.S.

1 The transcript of that trial was not available. The tapes had been disposed of some seven years after the trial in accordance with then-existing policies. A challenge based on the destruction of the tapes and the appellant's consequential inability to make full answer and defence, under ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, was dismissed by the trial judge and rejected as a ground of appeal by the Court of Appeal. That issue is not before us.

plus tôt dans le cadre du procès de l'appellant tenu en 1995¹. J.S. ne comptait pas parmi ces témoins vu qu'elle était décédée depuis. Un des témoins a toutefois décrit la nature de l'agression sexuelle commise sur J.S., et d'autres ont relaté les allées et venues de l'appellant entre le moment de l'agression et celui de l'arrivée des policiers ainsi que son arrestation. L'avocat du ministère public qui avait mené la poursuite dans l'affaire relative à J.S. a produit la copie certifiée de l'acte d'accusation à l'égard duquel l'appellant a été jugé et déclaré coupable. Le médecin qui avait examiné J.S. a témoigné sur les sacs à emplettes compactés trouvés dans le vagin de cette dernière. Elle a expliqué qu'elle avait examiné 142 victimes d'agression sexuelle au cours des 15 dernières années et que jamais auparavant elle n'avait trouvé d'objets insolites dans un vagin. La preuve a également établi que les empreintes digitales obtenues de l'appellant lors de son arrestation en 1993 correspondaient à celles qui ont été obtenues lors de son arrestation en 2005. Autrement dit, l'appellant était sans contredit celui qui avait été reconnu coupable de l'agression sexuelle de J.S. en 1993.

[13] L'appellant a contesté les déclarations des témoins qui l'identifiaient comme étant l'agresseur de J.S. Tout comme il l'avait fait lors de son procès en 1995, il a attaqué la fiabilité de leurs observations et a mis en doute certaines pratiques policières utilisées pour l'identification. Cependant, n'ayant pas témoigné lors du voir-dire, il n'a pas directement nié sa responsabilité à l'égard de l'agression de J.S. Dans ses observations finales — toujours lors du voir-dire —, il a toutefois affirmé que la preuve le désignant comme l'agresseur de J.S. était faible et ne permettait pas de le rattacher à l'agression de

1 La transcription du procès n'était pas disponible. Les cassettes avaient été détruites quelque sept ans après le procès conformément aux politiques en vigueur à l'époque. Le juge du procès a rejeté une contestation fondée sur l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans laquelle l'appellant invoquait la destruction des cassettes et son impossibilité, en conséquence, de présenter une défense pleine et entière. La Cour d'appel a ensuite rejeté cette contestation comme motif d'appel. Nous ne sommes pas saisis de cette question.

incident could not be used to connect him to the charge involving J.M. and, for that reason (among others that are no longer in issue), it should not be received as similar fact evidence.

III. Ruling on the Similar Fact *Voir Dire*, Kelowna Docket No. 61071-3, September 29, 2006 (unreported)

[14] The trial judge instructed herself on the general principles that govern the admissibility of similar fact evidence, as well as the particular requirements that apply when the similar fact evidence is being tendered to prove identity, relying on two decisions of this Court: *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, and *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908.

[15] Initially, the trial judge considered the similarities and dissimilarities between the crime charged (the sexual assault on J.M.) and the proposed similar fact evidence (the sexual assault on J.S.) with a view to determining whether she was satisfied that the same person likely committed both assaults. This test is sometimes referred to as the first of the *Arp* tests (see *Arp*, at paras. 48-50). Her careful and detailed review of the salient evidence led her to find that she was so satisfied — a finding that the appellant does not challenge in this Court:

Based on the enumeration of similarities set out above, I find that there is a striking similarity between the similar act evidence pertaining to the 1993 sexual assault of J.S. when compared to the alleged sexual assault of J.M. I find the similar act evidence to be highly probative in relation to the issue of identity of the perpetrator of the sexual assault on J.M. In accordance with the steps of analysis set out in *Arp* at ¶ 50, the significant similarities of the 1993 sexual assault make it highly probative evidence and outweigh its prejudicial effect. The high degree of similarity makes it unlikely that the accused's involvement in the alleged act is a product of coincidence. I find, based on the degree of striking similarity,

J.S. En conséquence, il a soutenu que l'incident dont J.S. a été victime ne permettait pas de le rattacher à l'accusation déposée à l'égard de J.M. et que, pour ce motif (les autres motifs n'étant plus contestés), l'incident ne pouvait être admis comme preuve de faits similaires.

III. La décision de la juge du procès relative au voir-dire tenu quant à la demande visant à faire admettre la preuve de faits similaires, dossier de Kelowna n° 61071-3, 29 septembre 2006 (non publiée)

[14] La juge du procès s'est bien instruite quant aux principes généraux qui régissent l'admissibilité de la preuve de faits similaires et quant aux exigences précises qui s'appliquent à ce type de preuve produite pour établir l'identité. Pour ce faire, elle s'est fondée sur deux arrêts de la Cour : *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, et *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908.

[15] En premier lieu, la juge du procès a examiné les similitudes et les différences entre le crime reproché (l'agression sexuelle de J.M.) et la preuve de faits similaires proposée (l'agression sexuelle de J.S.) afin de déterminer si elle pouvait être convaincue que les deux agressions avaient probablement été commises par la même personne. On appelle parfois cette étape le premier des tests de l'arrêt *Arp* (voir *Arp*, par. 48 à 50). Son examen attentif et détaillé des éléments de preuve importants l'a amené à conclure qu'elle le pouvait — conclusion que l'appelant ne conteste pas devant la Cour :

[TRADUCTION] D'après la liste de similitudes établie précédemment, j'estime qu'il existe une similitude frappante entre la preuve de faits similaires concernant l'agression sexuelle de J.S. en 1993 et celle qui aurait été commise à l'égard de J.M. J'estime que la preuve de faits similaires est très probante eu égard à l'identité de l'auteur de l'agression sexuelle de J.M. Conformément aux étapes de l'analyse exposée au par. 50 de l'arrêt *Arp*, les similitudes importantes avec l'agression sexuelle de 1993 lui donnent un caractère très probant et l'emportent sur son effet préjudiciable. Le haut degré de similitude fait en sorte qu'il est improbable que la participation de l'accusé à l'acte reproché soit une coïncidence.

that it is likely that the same person committed both sexual assaults. [Emphasis added; ruling on *voir dire*, at para. 84.]

[16] The trial judge next addressed the twin prejudices — moral prejudice and reasoning prejudice — so identified in *Handy*, at paras. 139-47. With respect to moral prejudice, she found that the offences involving J.S. and J.M. were of a “generally similar moral character” and the evidence surrounding the 1993 sexual assault on J.S. was not such “as to cause revulsion or condemnation of the [appellant] by the trier of fact” (ruling on *voir dire*, at para. 87). Accordingly, there were no moral prejudice concerns that impeded the admission of the proposed evidence.

[17] As for reasoning prejudice, the trial judge concluded that there was no appreciable risk that the process of proving the J.S. incident would either distract the trier of fact from the offence charged, or result in the undue consumption of time. The appellant had been tried and convicted for the sexual assault on J.S. and, in the trial judge’s view, he was “not entitled . . . to be re-tried in relation to that allegation in the context of these proceedings” (para. 89).

[18] The trial judge then turned to consider whether there was “some evidence” linking the appellant to the crime against J.S. (para. 91). This test is sometimes referred to as the second of the *Arp* tests (see *Arp*, at paras. 53-57).

[19] After satisfying herself that the appellant was the same person who had been tried and convicted for the sexual assault on J.S., the trial judge noted that the Crown was relying on the appellant’s 1995 conviction for the sexual assault of J.S. to establish the necessary link. Defence counsel, she observed, was opposed to this method of establishing the link, because the appellant “may have been wrongfully convicted of that offence based on the frailties of eyewitness identification and other

Je conclus, compte tenu du degré frappant de similitudes, que les deux agressions sexuelles ont probablement été commises par la même personne. [Je souligne; décision quant au voir-dire, par. 84.]

[16] La juge du procès a ensuite abordé les deux préjudices — le préjudice moral et le préjudice par raisonnement — établis dans l’arrêt *Handy*, par. 139-147. S’agissant du préjudice moral, elle a conclu que les infractions commises à l’égard de J.S. et de J.M. avaient un [TRADUCTION] « caractère moral généralement similaire » et que les circonstances de l’agression de J.S. commise en 1993 n’étaient pas de nature à « inspirer au juge des faits un sentiment de répugnance ou de réprobation envers l’[appelant] » (décision quant au voir-dire, par. 87). Par conséquent, aucune crainte de préjudice moral n’empêchait la juge d’admettre la preuve proposée.

[17] S’agissant du préjudice par raisonnement, la juge du procès a conclu à l’absence de risque appréciable que les démarches nécessaires pour prouver l’incident dont J.S. a été victime détourneraient l’attention du juge des faits de l’infraction reprochée ou feraient en sorte que trop de temps soit passé à l’examiner. L’appellant a été jugé et reconnu coupable de l’agression sexuelle de J.S. et, selon la juge du procès, il [TRADUCTION] « n’avait pas le droit [. . .] d’être jugé de nouveau quant à cette allégation dans le contexte de la présente instance » (par. 89).

[18] La juge du procès a ensuite examiné s’il existait [TRADUCTION] « des éléments de preuve » liant l’appellant au crime commis contre J.S. (par. 91). On appelle parfois cette étape le second des tests de l’arrêt *Arp* (voir *Arp*, par. 53-57).

[19] Après s’être assurée que l’appellant était la personne qui avait été jugée et reconnue coupable de l’agression sexuelle de J.S., la juge du procès a souligné que le ministère public se fondait sur la déclaration de culpabilité prononcée contre l’appellant en 1995 relativement à l’agression sexuelle de J.S. pour établir le lien nécessaire. L’avocat de la défense, a-t-elle observé, s’est opposé à cette manière d’établir le lien parce que l’appellant [TRADUCTION] « aurait pu être condamné à tort relativement à cette

irregularities alleged to have occurred in that trial” (ruling on *voir dire*, at para. 93). In support of this position, defence counsel pointed to alleged weaknesses in the Crown’s 1995 case that had been exposed on the *voir dire* through cross-examination of some of the witnesses who testified at the 1995 trial.

[20] The trial judge refused to give effect to the defence position. She recognized that memories had faded and that some witnesses from the 1995 trial were unavailable, including the victim J.S. who had passed away in the interim. She also noted that there appeared to be some inconsistencies in the description of J.S.’s attacker by the eyewitnesses now called on this *voir dire* and the police may have engaged in some dubious practices regarding the issue of identification in 1993. However, those matters and the appellant’s denial that he had sexually assaulted J.S. would have been brought to the attention of the jury who convicted him nonetheless.

[21] In the end, the trial judge was satisfied that the Crown could use the appellant’s conviction regarding J.S. “for the limited purpose of meeting the burden of proof to a balance of probabilities that he was its likely perpetrator” (para. 95).² She knew of no rule of evidence that would preclude its use for that purpose “within the context of the alleged similar fact evidence” (para. 96). In addition, she refused to permit the appellant to challenge the 1995 conviction on the *voir dire*. In her view, not having appealed his conviction, the matter was *res judicata* and the appellant was estopped from raising it in further proceedings. At the conclusion of her ruling, the trial judge clarified that she was not precluding the appellant from challenging his 1995 conviction on the trial proper. At that stage, he

2 In framing the matter that way, the trial judge exceeded the “some evidence” test needed to establish the requisite link for admissibility purposes.

infraction compte tenu des faiblesses de l’identification par témoin oculaire et des autres irrégularités qui seraient survenues durant le procès » (décision quant au voir-dire, par. 93). Pour étayer son point de vue, l’avocat de la défense a fait ressortir les faiblesses de la preuve produite par le ministère public en 1995 qui ont été exposées durant le voir-dire, soit lors du contre-interrogatoire de certains témoins qui avaient aussi été entendus durant le procès de 1995.

[20] La juge du procès a refusé de donner effet au point de vue de la défense. Elle a reconnu que le souvenir des témoins s’était estompé et que certains de ceux qui avaient été entendus lors du procès de 1995 ne pouvaient être retrouvés ou assignés à témoigner, dont la victime J.S., décédée depuis. Elle a aussi précisé qu’il semblait y avoir quelques incohérences dans la description de l’agresseur de J.S. fournie par les témoins qui avaient été appelés à témoigner lors du voir-dire dans la présente instance et que les policiers avaient peut-être employé des pratiques douteuses quant à l’identification en 1993. Quoi qu’il en soit, ces questions et le refus de l’appelant de reconnaître qu’il avait agressé sexuellement J.S. avaient été portés à l’attention du jury qui l’a néanmoins reconnu coupable.

[21] Au final, la juge du procès a estimé que le ministère public pouvait se servir de la déclaration de culpabilité prononcée contre l’appelant à l’égard de l’agression subie par J.S. [TRADUCTION] « dans le but limité de s’acquitter du fardeau de prouver, suivant la prépondérance des probabilités, qu’il était probablement l’agresseur » (par. 95)². Elle ne connaissait aucune règle de preuve lui interdisant de s’en servir à cette fin [TRADUCTION] « dans le contexte de la preuve alléguée de faits similaires » (par. 96). Elle a, en outre, refusé d’accorder à l’appelant l’autorisation de contester la déclaration de culpabilité de 1995 lors du voir-dire. À son avis, puisqu’il n’avait pas interjeté appel de cette condamnation, la question était chose jugée et l’appelant était préclus de la soulever

2 En formulant sa conclusion en ces termes, la juge du procès a excédé les limites du critère exigeant l’existence « [d’]éléments de preuve » requis pour établir le lien nécessaire aux fins de l’admissibilité.

could take the stand and say “whatever he wanted to say about the conviction” (para. 117).

[22] Finally, the trial judge saw no impediment to using the 1995 conviction to link the appellant to the assault on J.S., even though it did not result from a plea of guilty but from a finding by a jury. In this regard, she quoted with approval the following passage from *R. v. Duong* (1998), 39 O.R. (3d) 161 (C.A.), *per* Doherty J.A., at p. 174:

A previous judicial determination of guilt beyond a reasonable doubt, whether based on a plea, or following a full trial is, in my view, sufficiently reliable to warrant its admissibility in a subsequent proceeding as some evidence of the facts essential to the finding of guilt.

[23] In the result, the trial judge permitted the Crown to lead the proposed similar fact evidence on the issue of identity. Seeing as she was trying the case alone, it was agreed that the *voir dire* evidence relating to the J.S. incident would form part of the trial record.

IV. Decision at Trial, 2007 BCSC 1355 (CanLII)

[24] The appellant testified at trial. He denied responsibility for the 2005 assault on J.M. and the 1993 assault on J.S. The trial judge rejected his evidence and found that it did not leave her in a state of reasonable doubt “in relation to who inserted the cork into J.M.’s vagina” (para. 208). The trial judge gave cogent reasons for coming to that conclusion. No issue is taken with this aspect of her decision.

dans d’autres instances. À la fin de sa décision, la juge du procès a toutefois précisé qu’elle n’interdirait pas à l’appelant de contester la déclaration de culpabilité de 1995 lors du procès lui-même. À cette étape, il pourrait témoigner et dire [TRADUCTION] « tout ce qu’il avait à dire au sujet de la déclaration de culpabilité le concernant » (par. 117).

[22] Enfin, la juge du procès ne voyait rien qui puisse empêcher que la déclaration de culpabilité prononcée en 1995 serve à rattacher l’appelant à l’agression de J.S., même si elle ne résultait pas d’un plaidoyer de culpabilité, mais plutôt d’un verdict prononcé par un jury. À cet égard, elle a cité en l’approuvant le passage suivant tiré de l’arrêt *R. c. Duong* (1998), 39 O.R. (3d) 161 (C.A.), le juge Doherty, p. 174 :

[TRADUCTION] La décision antérieure d’un tribunal de déclarer un accusé coupable hors de tout doute raisonnable, peu importe si l’accusé a plaidé coupable ou si un procès complet a été tenu, est à mon avis suffisamment fiable pour justifier qu’on l’admette dans une instance ultérieure à titre d’élément de preuve des faits essentiels ayant conduit au verdict de culpabilité.

[23] En définitive, la juge du procès a permis au ministère public de produire la preuve de faits similaires sur la question de l’identité. Comme elle devait instruire l’affaire seule, il a été convenu que la preuve produite lors du voir-dire concernant l’agression dont J.S. avait été victime ferait partie du dossier d’instruction.

IV. Décision à l’issue du procès, 2007 BCSC 1355 (CanLII)

[24] L’appelant a témoigné au procès. Il a nié avoir été l’auteur de l’agression de J.M. en 2005 et de l’agression de J.S. en 1993. Or, la juge du procès a rejeté son témoignage, concluant que celui-ci ne l’avait pas laissée dans un état de doute raisonnable [TRADUCTION] « en réponse à la question de savoir qui avait inséré le bouchon dans le vagin de J.M. » (par. 208). La juge du procès a fourni des motifs convaincants pour expliquer comment elle était arrivée à cette conclusion. Cet aspect de sa décision n’est pas contesté.

[25] In rejecting the appellant's evidence, the trial judge reviewed the evidence of the Crown witnesses and determined that she could safely act on their testimony. At para. 193, she stated:

Based on the foregoing assessment of the reliability and credibility of all the witnesses who testified in this trial, I find that I accept the evidence of the witnesses called by the Crown, both in relation to the 1993 incident, and the present charge.

[26] In concluding that the appellant was the person who assaulted J.M., the trial judge placed considerable weight on the J.S. incident. At para. 217, she stated:

The evidence of similar fact from the 1993 incident regarding the accused and J.S. is what I find conclusive in terms of the guilt of Larry Jesse in relation to the 2005 incident. It is his highly unusual "calling card" of inserting foreign objects into the vaginas of passed out women as found in the case of J.M. that permits me to conclude his guilt in this case of the offence of sexual assault as charged.

[27] Earlier in her reasons, at para. 119, the trial judge explained that, in her capacity as trier of fact, she was satisfied, for the reasons given on the *voir dire*, that she could rely on the appellant's 1995 conviction "as proof of identification to the required balance of probabilities . . . pertaining to the identification of Larry Jesse as the perpetrator of the sexual assault of J.S. in 1993". The appellant takes issue with this aspect of her reasons. I shall address his concern in due course.

V. British Columbia Court of Appeal, 2010 BCCA 108, 284 B.C.A.C. 192

[28] Chiasson J.A., writing for himself and Smith and Neilson J.J.A., engaged in a detailed review of the trial judge's evidentiary rulings and her reasons for judgment. He found no errors in her factual findings or in her legal analysis, with the possible exception that she may have erred in holding that *res judicata* prevented the appellant from challenging

[25] En rejetant le témoignage de l'appellant, le juge du procès a examiné les dépositions des témoins à charge et jugé qu'elle pouvait se fier à leurs témoignages. Voici ce qu'elle a exprimé au par. 193 :

[TRADUCTION] Compte tenu de l'appréciation qui précède de la fiabilité et de la crédibilité de tous les témoins entendus durant le présent procès, j'accepte les dépositions des témoins à charge relativement tant à l'incident survenu en 1993 qu'à l'accusation imputée en l'espèce.

[26] Pour arriver à la conclusion que l'appellant était celui qui avait agressé J.M., la juge du procès a accordé une grande valeur à l'agression dont J.S. avait été victime. À cet effet, voici ce qu'elle a affirmé au par. 217 :

[TRADUCTION] La preuve de faits similaires découlant de l'incident de 1993 relatif à l'accusé et à J.S. est l'élément qui me paraît concluant pour établir la culpabilité de Larry Jesse à l'égard de l'incident survenu en 2005. Sa « carte de visite » très inhabituelle consistant à insérer des objets dans les vagins de femmes inconscientes, dont J.M., me permet de conclure à sa culpabilité relativement à l'infraction reprochée d'agression sexuelle en la présente instance.

[27] Plus tôt dans ses motifs, soit au par. 119, la juge du procès a expliqué que, en sa qualité de juge des faits, elle estimait — pour les motifs exposés à l'issue du *voir-dire* — qu'elle pouvait se fonder sur la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appellant en 1995 [TRADUCTION] « pour établir l'identification suivant la prépondérance des probabilités requise [. . .] désignant Larry Jesse comme l'auteur de l'agression sexuelle de J.S. en 1993 ». L'appellant conteste cet aspect des motifs en question. Je répondrai à ses préoccupations en temps opportun.

V. Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2010 BCCA 108, 284 B.C.A.C. 192

[28] Le juge Chiasson, s'exprimant en son propre nom et en celui des juges Smith et Neilson, s'est livré à un examen minutieux des motifs de la juge du procès ainsi que des conclusions qu'elle avait tirées relativement à la preuve. Il a estimé qu'elle n'avait commis aucune erreur, ni dans ses conclusions de fait ni dans son analyse juridique, sauf peut-être

his 1995 conviction on the *voir dire*. Whether she was correct in that conclusion was debatable following this Court's decision in *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316. Nonetheless, even if the trial judge erred in holding that *res judicata* applied, Chiasson J.A. considered the error to be harmless because:

... the appellant did not testify on the *voir dire*, that is, he did not directly challenge the conviction; had he attempted to do so, in my view, his attempt could have been rejected as an abuse of process at the *voir dire* stage of the proceeding. [para. 94]

[29] In the end, Chiasson J.A. was not persuaded that the trial judge erred in refusing to allow the appellant to contest his 1995 conviction on the *voir dire*. But even if she did err, the error occasioned no harm to the appellant because it did not prevent him from contesting the 1995 conviction “in the trial proper where his guilt or innocence was at stake and he did so” (para. 103).

[30] Chiasson J.A. further found that the trial judge was entitled to use the 1995 conviction for the limited purpose of linking the appellant to the similar acts. In this regard, at para. 104, he stated:

If the underlying rationale for the admission of similar fact evidence is met and probative value outweighs prejudice, I see no reason in principle for the exclusion of the evidence of the 1995 conviction for the purpose of considering the identification of the person who assaulted J.M. Had the trial been with a jury, it would have been incumbent on the judge to caution the jury clearly concerning the use they could make of the conviction.

lorsqu'elle a conclu, dans le cadre du *voir-dire*, que la doctrine de la chose jugée empêchait l'appelant de contester la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995. Pour la Cour d'appel, sa conclusion à cet égard est discutable compte tenu du jugement prononcé par la Cour dans *R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316. Néanmoins, même si la juge du procès avait bel et bien commis une erreur en concluant à l'application de la doctrine de la chose jugée, le juge Chiasson a jugé que cette erreur était inoffensive pour les raisons qui suivent :

[TRADUCTION] ... l'appellant n'a pas témoigné lors du *voir-dire*; il n'a donc pas directement contesté la déclaration de culpabilité prononcée contre lui; s'il avait tenté de le faire, sa tentative aurait pu, à mon avis, être rejetée parce qu'elle aurait constitué un abus de procédure à l'étape du *voir-dire*. [par. 94]

[29] En définitive, le juge Chiasson n'était pas convaincu que la juge du procès avait commis une erreur en refusant d'autoriser l'appelant à contester, dans le cadre du *voir-dire*, la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995. Or, selon la Cour d'appel, même si la juge du procès a commis une erreur, cela n'a eu aucune incidence sur l'appelant parce que cette erreur ne l'a pas empêché de contester la déclaration de culpabilité en question [TRADUCTION] « dans le cadre du procès lui-même, là où sa culpabilité ou son innocence étaient en jeu, ce qu'il a fait » (par. 103).

[30] Le juge Chiasson a également conclu que la juge du procès avait le droit d'utiliser la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en 1995 dans le but limité de le rattacher aux faits similaires. Voici ce qu'il a exprimé à cet égard, au par. 104 :

[TRADUCTION] Si le raisonnement qui justifie l'admission de la preuve de faits similaires est respecté et que la valeur probante l'emporte sur le préjudice, je ne vois en principe aucune raison d'exclure la déclaration de culpabilité de 1995 de la preuve dans le but d'examiner l'identité de l'agresseur de J.M. Si le procès avait été instruit devant un jury, la juge aurait eu l'obligation de mettre le jury clairement en garde pour leur indiquer comment ils pouvaient utiliser cette déclaration de culpabilité.

VI. Issues

[31] In my view, this appeal raises the following three issues:

- (1) Was the Crown entitled to lead the appellant's 1995 conviction on the similar fact *voir dire*?
- (2) Was the appellant entitled to challenge his 1995 conviction on the similar fact *voir dire*?
- (3) Did the trial judge commit reversible error in finding, on the trial proper, that the appellant was likely the person who assaulted J.S.?

VII. Analysis

A. *Issue 1 — Was the Crown Entitled to Lead the Appellant's 1995 Conviction on the Similar Fact Voir Dire?*

- (i) The 1995 Conviction Was Admissible As "Some Evidence" Linking the Appellant to the Assault on J.S.

[32] In assessing whether the appellant's 1995 conviction was admissible on the similar fact application, it is important to understand the purpose for which the Crown felt the need to introduce it. Context plays a central role in the analysis.

[33] In this case, the appellant chose to challenge the admissibility of the similar fact evidence on the basis that it failed both of the *Arp* tests, that is: (1) the nature and circumstances of the assaults on J.S. and J.M. were insufficiently similar to warrant a finding that they were likely the work of one person; and (2) the evidence linking the appellant to

VI. Les questions en litige

[31] À mon avis, le présent pourvoi soulève trois questions :

- (1) Le ministère public avait-il le droit de produire la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en 1995 dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires?
- (2) L'appelant avait-il le droit de contester la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995 dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires?
- (3) La juge du procès a-t-elle commis une erreur justifiant l'annulation de sa décision lorsqu'elle a conclu, lors du procès lui-même, que l'appelant était probablement l'agresseur de J.S.?

VII. Analyse

A. *Première question — Le ministère public avait-il le droit de produire la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en 1995 dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires?*

- (i) La déclaration de culpabilité de 1995 était admissible pour satisfaire à l'exigence de l'existence « [d']éléments de preuve » rattachant l'appelant à l'agression de J.S.

[32] Pour savoir si la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en 1995 était admissible dans le cadre de la demande visant à la faire admettre à titre de preuve de faits similaires, il est important de comprendre les raisons qui ont motivé le ministère public à la produire. Le contexte joue un rôle central dans l'analyse.

[33] En l'espèce, l'appelant a choisi de contester l'admissibilité de la preuve de faits similaires au motif qu'elle ne répondait pas aux deux tests de l'arrêt *Arp*, parce que (1) la nature et les circonstances des agressions de J.S. et de J.M. n'étaient pas suffisamment similaires pour autoriser une conclusion portant qu'elles étaient probablement le

the attack on J.S. was at best tenuous and it did not pass the “some evidence” threshold.

[34] Had the appellant conceded his involvement in the attack on J.S. and restricted his challenge to the first of the *Arp* tests, there would have been no reason for the Crown to lead the 1995 conviction and no basis for doing so. The trial judge would have confined her inquiry to the similarities and dissimilarities between the two assaults, which on the facts of this case, did not involve a challenge to any of the other essential elements of the crime (such as consent) against J.S. Depending on her finding, she would then have gone on to decide whether, overall, the probative value of the proposed evidence exceeded its prejudicial effect.

[35] But that is not what occurred. The appellant sought to contest the fact that he was the person responsible for the 1993 attack on J.S. — the second of the *Arp* tests — thereby requiring the Crown to prove his involvement. That of course was his right. In doing so, however, he sought to prevent the Crown from using his 1995 conviction to link him to the attack on J.S. The trial judge and the Court of Appeal ruled against him on that issue — as do I.

[36] In my view, the appellant’s 1995 conviction constituted the best evidence the Crown had available to it to link him to the attack on J.S. In the context of a similar fact application, if an accused has been convicted of the conduct that forms the similar fact evidence, the conviction may be tendered to establish an essential element of the prior offence where that element has been placed in issue.

[37] The fact that the appellant’s conviction stemmed from a jury trial, as opposed to a guilty plea, did not alter its cogency, and hence

fait d’une seule et même personne, et parce que (2) la preuve rattachant l’appelant à l’agression de J.S. était, au mieux, faible et ne satisfaisait pas au critère exigeant l’existence « [d’]éléments de preuve ».

[34] Si l’appelant avait admis avoir participé à l’agression de J.S. et avait restreint sa contestation au premier des tests de l’arrêt *Arp*, le ministère public n’aurait eu aucune raison de produire la déclaration de culpabilité de 1995 et il n’aurait pas été justifié de le faire. La juge du procès aurait limité son analyse aux similitudes et aux différences entre les deux agressions qui, compte tenu des faits de la présente espèce, ne portaient sur aucune contestation quant aux autres éléments essentiels du crime (tel le consentement) dont J.S. a été victime. Selon la conclusion qu’elle aurait tirée, elle aurait ensuite décidé si, dans l’ensemble, la valeur probante de la preuve proposée l’emportait sur son effet préjudiciable.

[35] Or, ce n’est pas ce qui s’est produit. L’appelant a tenté de contester la responsabilité qui lui avait été imputée à l’égard de l’agression de J.S. en 1993 — le deuxième des tests de l’arrêt *Arp* —, ce qui a forcé le ministère public à prouver sa participation. Certes, il avait le droit d’agir ainsi. Cependant, faisant cela, il tentait d’empêcher le ministère public d’utiliser la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995 pour le rattacher à l’agression dont J.S. avait été victime. Tant la juge de première instance que la Cour d’appel lui ont donné tort à cet égard — je souscris à leur conclusion.

[36] À mon avis, la déclaration de culpabilité de 1995 constituait la meilleure preuve dont disposait le ministère public pour rattacher l’appelant à l’agression de J.S. Dans le contexte d’une demande visant à la faire admettre à titre de preuve de faits similaires, si l’accusé a été reconnu coupable du comportement visé par les faits similaires, la déclaration de culpabilité peut être produite pour établir un élément essentiel de l’infraction antérieure lorsque cet élément est en cause.

[37] Le fait que la déclaration de culpabilité de l’appelant était issue d’un procès par jury, plutôt que le fruit d’un plaidoyer de culpabilité, n’en

admissibility, as a means of establishing the narrow fact in issue, namely the issue of identity. In so concluding, I recognize that jury verdicts (and presumably verdicts rendered by judges alone) have in the past been characterized as a combination of hearsay evidence and opinion evidence, and for that reason, unlike pleas of guilty that constitute admissions, they ought not to be received for their truth. This view is attributable, at least in part, to the case of *Hollington v. F. Hewthorn & Co.*, [1943] 1 K.B. 587, where the English Court of Appeal held that, on a subsequent trial, a conviction in a previous criminal trial was not admissible as it constituted irrelevant opinion evidence (see p. 595). The appellant relies on this case for the proposition that his prior conviction was inadmissible.

[38] I reject that line of thinking. In my view, jury verdicts and verdicts rendered by judges alone are presumptively reliable and, when it comes to the issue of identity, they should be treated that way unless overturned on appeal or later shown to be wrong. To hold otherwise would be to call into question the integrity of our entire justice system.

[39] In the criminal context, we act on verdicts to deprive people of their liberty, sometimes for life. What better yardstick against which to measure the high degree of reliability we place in them. While not foolproof, our criminal justice system contains a myriad of safeguards designed to ensure that people accused of crimes receive a fair trial and that only those who are in fact guilty are found guilty.

[40] The same holds true, in my view, if we consider verdicts as a form of opinion evidence. Jury verdicts represent the considered opinion of 12 people from different walks of life who bring a great deal of life experience to the table and who receive detailed instructions on how they are to go about

diminuait pas l'importance — et, partant, l'admissibilité — pour établir le fait limité en litige, à savoir la question de l'identité. En tirant cette conclusion, je reconnais que, dans le passé, les tribunaux ont jugé que les verdicts prononcés par des jurys (et présumément les verdicts prononcés par un juge seul) sont le fruit de la combinaison d'une preuve par ouï-dire et d'une preuve d'opinion et que, pour cette raison — contrairement aux plaidoyers de culpabilité qui constituent des aveux —, ils ne devraient pas être admis pour établir la véracité de leur contenu. Ce point de vue est attribuable, en partie à tout le moins, à l'arrêt *Hollington c. F. Hewthorn & Co.*, [1943] 1 K.B. 587, où la Cour d'appel d'Angleterre a jugé que, lors d'un procès, la déclaration de culpabilité issue d'un procès antérieur n'était pas admissible parce qu'elle constituait une preuve d'opinion non pertinente (voir p. 595). L'appelant se fonde sur cet arrêt pour dire que la déclaration de culpabilité antérieure prononcée contre lui était inadmissible.

[38] Je rejette ce raisonnement. À mon sens, les verdicts prononcés par des jurys et ceux prononcés par des juges siégeant seuls sont présumés fiables et, lorsque l'identité est en cause, cette fiabilité devrait être reconnue, à moins que le verdict n'ait été infirmé en appel ou qu'il ne soit ultérieurement jugé erroné. Une conclusion contraire mettrait en doute l'intégrité de l'ensemble de notre système de justice.

[39] Dans le contexte pénal, on donne suite au verdict en privant les coupables de leur liberté, parfois à perpétuité. Il n'y a pas de meilleur critère pour mesurer le degré élevé de confiance qu'on accorde aux verdicts. Sans être parfait, notre système de justice pénale comporte une myriade de protections qui garantissent aux accusés un procès équitable et font en sorte que seuls les vrais coupables sont condamnés.

[40] À mon avis, le même raisonnement tient si nous considérons les verdicts comme une certaine preuve d'opinion. En effet, les verdicts prononcés par des jurys représentent l'opinion mûrement réfléchie de 12 personnes provenant de milieux différents qui, collectivement, réunissent une fort

their task. Judge-made verdicts represent the considered opinion of skilled men and women who are legally trained and who have promised, on oath or solemn affirmation, to uphold the law. Their work is open to scrutiny, and judges are obliged to provide reasons to explain how they arrived at their decision.

[41] Thus, verdicts are not mere “opinions”; they are the considered result of informed deliberations and, as a result, carry a high degree of reliability. Were it otherwise, we would not and could not rely on them to deprive people of their liberty.

[42] Against that backdrop, I find it counterintuitive and mechanistic to adopt a rule that automatically rejects trial verdicts for their truth on the basis that they constitute hearsay/opinion evidence of questionable value. In reality, they rank extremely high on the reliability scale and that is how they should be viewed when deciding whether they can be admitted for their truth.

[43] This Court has recently questioned the application of *Hollington v. F. Hewthorn & Co.* in Canada. Binnie J., writing for a unanimous Court in *British Columbia (Attorney General) v. Malik*, 2011 SCC 18, [2011] 1 S.C.R. 657, canvassed the rationale for rejecting the holding of that earlier English case (paras. 44-48). In doing so, he observed that the decision has come under academic and judicial criticism for decades. One such criticism appears in *Cross and Tapper on Evidence* (12th ed. 2010), at pp. 109-110, where *Hollington v. F. Hewthorn & Co.* is referred to as a bundle of “indefensible technicalities”, arguably at odds with the “modern emphasis on fairness and the abuse of process, especially where the prejudiced party had a full opportunity to contest the finding against him in the earlier proceedings”. I cannot improve

grande expérience de vie et qui reçoivent des directives précises sur la manière dont ils doivent s’acquitter de leur tâche. Les verdicts rendus par les juges représentent l’opinion mûrement réfléchie de femmes et d’hommes versés dans le domaine du droit qui ont promis, sous la foi d’un serment ou d’une affirmation solennelle, de veiller à l’application des règles de droit. Leur travail est susceptible d’examen et les juges sont tenus de motiver leurs décisions pour expliquer leur raisonnement.

[41] C’est pourquoi les verdicts ne sont pas simplement des « opinions » : ils sont le fruit de délibérations mûrement réfléchies et, en ce sens, ils comportent un degré élevé de fiabilité. S’il en était autrement, nous ne fonderions pas sur eux la privation de liberté des individus ni ne pourrions le faire.

[42] Dans ce contexte, j’estime qu’il serait paradoxal et rigide d’adopter une règle qui interdirait automatiquement l’admission en preuve des verdicts prononcés à l’issue de procès pour établir la véracité de leur contenu, au motif qu’ils constituent une preuve par ouï-dire ou encore une preuve d’opinion de valeur douteuse. En réalité, ils se situent extrêmement haut dans l’échelle de fiabilité et c’est ainsi qu’on devrait les considérer au moment de décider s’ils peuvent être admis pour établir la véracité de leur contenu.

[43] La Cour a récemment mis en doute l’opportunité d’appliquer l’arrêt *Hollington c. F. Hewthorn & Co.* au Canada. Le juge Binnie, s’exprimant au nom des juges unanimes dans *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik*, 2011 CSC 18, [2011] 1 R.C.S. 657, a exposé le raisonnement qui a mené la Cour à rejeter le jugement rendu antérieurement par la Cour d’appel d’Angleterre (par. 44-48). Ce faisant, il a observé que ce jugement avait été critiqué par les auteurs et les tribunaux depuis des décennies. L’une de ces critiques est parue dans l’ouvrage *Cross and Tapper on Evidence* (12^e éd. 2010), p. 109-110, où l’arrêt *Hollington c. F. Hewthorn & Co.* est qualifié d’ensemble de [TRADUCTION] « subtilités indéfendables » qui pourraient être contraires à « l’accent mis aujourd’hui sur l’équité et l’abus de procédure, en

on Binnie J.'s analysis and do not propose to repeat it here. I agree with his conclusion in *Malik*, at para. 52:

... a prior judicial decision between the same or related parties or participants on the same or related issues [is not] merely another controversy over hearsay or opinion evidence. The court's earlier decision was a judicial pronouncement after the contending parties had been heard. . . . [F]or the reasons already discussed I would decline to give effect to the arguments made in *Hollington v. F. Hewthorn & Co.* They give rise to unnecessary inefficiencies and any alleged unfairness can be addressed on a case-by-case basis according to the circumstances.

See also the earlier Ontario Court of Appeal decisions of *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1984), 48 O.R. (2d) 266, at p. 268; and *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1, at pp. 20-22, leave to appeal refused [1986] 1 S.C.R. viii.

[44] Although *Malik* addressed the use of prior decisions in interlocutory proceedings, Binnie J. went on to observe that “[w]hether or not a prior civil or criminal decision is admissible in trials on the merits . . . will depend on the purpose for which the prior decision is put forward and the use sought to be made of its findings and conclusions. . . . [T]he ‘weight and significance’ to be given to [it] ‘will depend on the circumstances of each case’” (paras. 46-47; quoting *Del Core*, at p. 21).

[45] I have applied that approach in assessing the issue at hand. The appellant's 1995 conviction was the product of a jury verdict. The trial was contested and the appellant mounted a vigorous defence. He was represented by counsel and had a full and fair opportunity to defend. By its verdict, the jury made it known that it was satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant was the person who sexually assaulted J.S. The appellant did not

particulier lorsque la partie lésée a pleinement eu la possibilité de contester la décision rendue contre elle dans l'instance antérieure ». Je ne peux rien ajouter à l'analyse du juge Binnie et je n'entends pas la reprendre ici. Je fais mienne sa conclusion dans *Malik* :

... une décision judiciaire antérieure entre des parties ou participants qui sont les mêmes ou apparentés portant sur des questions identiques ou connexes [n'est pas] simplement une autre controverse au sujet du ouï-dire ou de la preuve d'opinion. La décision antérieure rendue par le tribunal constituait une déclaration judiciaire faite après que les parties adverses eurent été entendues. [. . .] [P]our les raisons déjà expliquées, je refuserais de donner effet aux arguments invoqués dans *Hollington c. F. Hewthorn & Co.* Ils engendrent des inefficacités inutiles et si une injustice est alléguée, il est possible d'y remédier au cas par cas, selon les circonstances. [par. 52]

Voir également les arrêts rendus antérieurement par la Cour d'appel de l'Ontario, *Demeter c. British Pacific Life Insurance Co.* (1984), 48 O.R. (2d) 266, p. 268, et *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1, p. 20-22, autorisation d'appel refusée [1986] 1 R.C.S. viii.

[44] Bien que dans *Malik* la Cour ait examiné l'utilisation de décisions antérieures rendues dans le cadre de procédures interlocutoires, le juge Binnie a ensuite fait observer que « [l']admissibilité, au procès sur le fond, d'une décision antérieure en matière civile ou criminelle [. . .] dépendra des fins pour lesquelles la décision est présentée et de l'utilisation que l'on entend faire de ses conclusions. [. . .] “[L]e poids et l'importance” qu'il faut y attribuer “dépendront des circonstances de chaque cas” » (par. 46-47; citant *Del Core*, p. 21).

[45] Je me suis servi de cette analyse pour juger de la question en litige. La déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en 1995 a été le fruit du verdict prononcé par un jury. Le procès avait été contesté et l'appelant avait présenté une défense vigoureuse. Il avait été représenté par avocat et avait eu amplement l'occasion de se défendre. Par son verdict, le jury a fait savoir qu'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appelant était

appeal that verdict, nor did he challenge the seven-year sentence he received.

[46] In the circumstances, I am satisfied that the trial judge made no error in receiving the 1995 conviction on the similar fact *voir dire* for the limited purpose of linking the appellant to the sexual assault on J.S. The verdict giving rise to that conviction constituted highly reliable evidence. Moreover, it comprised the best evidence the Crown had available to it to refute the appellant's contention that he was not J.S.'s assailant. As the trial judge observed, the long gap between the J.S. and J.M. incidents had taken a toll on the Crown's ability to re-prove the J.S. case. Memories had faded, witnesses were missing and the trial transcripts were not available. The appellant's 1995 conviction, however, remained constant and undisturbed. At a minimum, it provided "some evidence", as required by *Arp*, that he was the person responsible for the assault on J.S.

[47] Indeed, in my view, a prior conviction would constitute sufficient evidence upon which a trier of fact, on the trial proper, could conclude on a balance of probabilities that an accused was the perpetrator of the prior act that formed the basis of the conviction. The trier of fact would be entitled, but of course not bound, to make such a finding. Needless to say, in deciding the matter, the trier of fact would consider any evidence the accused might adduce on the subject. The same would hold true if the accused were to challenge any of the other essential elements of the crime that formed the basis of the similar fact evidence.

[48] Of course, a finding that both of the tests in *Arp* have been met does not lead inexorably to the admission of the proposed similar fact evidence.

celui qui avait agressé J.S. sexuellement. L'appellant n'a pas porté ce verdict en appel et n'a pas non plus contesté la peine de sept ans d'emprisonnement qui lui a été infligée.

[46] Dans les circonstances, je suis d'avis que la juge du procès n'a commis aucune erreur en admettant la déclaration de culpabilité de 1995 à titre de preuve de faits similaires à l'issue du voir-dire, dans le but limité de rattacher l'appellant à l'agression sexuelle de J.S. Le verdict ayant donné lieu à cette déclaration de culpabilité constituait une preuve très fiable. En fait, il s'agissait de la meilleure preuve que le ministère public pouvait produire pour réfuter la prétention de l'appellant portant qu'il n'était pas l'agresseur de J.S. Ainsi que l'a fait observer la juge du procès, la longue période qui s'est écoulée entre les agressions dont J.S. et J.M. ont été victimes a fait en sorte que le ministère public n'a pu reprendre sa preuve concernant celle qu'a subie J.S. Le souvenir des témoins s'était estompé, des témoins ne pouvaient être retrouvés ou assignés à témoigner et les transcriptions du procès ne pouvaient être obtenues. La déclaration de culpabilité prononcée contre l'appellant en 1995 était cependant une constante qui n'a pas été modifiée. Elle a à tout le moins établi — comme l'exige l'arrêt *Arp* —, l'existence « [d']éléments de preuve » confirmant sa responsabilité à l'égard de l'agression de J.S.

[47] J'estime en fait que, dans le cadre du procès lui-même, une déclaration de culpabilité antérieure est un élément suffisamment probant pour permettre au juge des faits de conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu'un accusé est l'auteur de l'acte antérieur à l'origine de la condamnation en question. Le juge des faits a le droit de tirer une telle conclusion, même si, bien entendu, il n'est pas tenu de le faire. Il va sans dire que pour trancher l'affaire, le juge des faits doit examiner toute la preuve que l'accusé peut produire à cet égard. Le même principe doit s'appliquer si l'accusé conteste tout autre élément essentiel du crime visé par la preuve de faits similaires.

[48] Certes, la conclusion selon laquelle il a été satisfait aux deux tests de l'arrêt *Arp* n'entraîne pas inexorablement l'admission de la preuve de

Because similar fact evidence is presumptively inadmissible, the trial judge must be satisfied that, overall, its probative value exceeds its prejudicial effect. That brings me to the second of the appellant's complaints concerning the admissibility of the 1995 conviction.

(ii) The Prejudicial Effect of Admitting the 1995 Conviction Did Not Warrant Its Exclusion

[49] The probative value of the 1995 prior conviction is clear. Yet, the appellant submits that its admission rendered his trial unfair. It occasioned irretrievable prejudice to him. A trier of fact could not be expected to use it solely for the purpose of linking him to the assault on J.S. Inevitably, it would lead to general disposition and impermissible propensity reasoning. Moreover, responding to a prior conviction would be an insurmountable task he could not possibly overcome. As a result, its prejudicial effect outweighed its probative value, and it should not have been received.

[50] I find the appellant's submission unpersuasive for several reasons.

[51] First, it is not uncommon for triers of fact to be exposed to prior convictions that stem from the similar fact evidence the Crown seeks to lead. Normally, these convictions are the product of guilty pleas as opposed to post-trial guilty verdicts (see, e.g., *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.); *R. v. Fisher*, 2003 SKCA 90, 179 C.C.C. (3d) 138, leave to appeal refused [2004] 3 S.C.R. viii; and *R. v. James* (2006), 84 O.R. (3d) 227 (C.A.), leave to appeal refused [2007] 3 S.C.R. x). But for purposes of assessing prejudice, I see no meaningful distinction between the two. In both instances, the trier of fact is made aware of the prior conviction and the limited use that can be made of it; and in both instances, the accused can challenge or explain the

faits similaires. En effet, ce type de preuve étant présumé inadmissible, le juge du procès doit être d'avis que, dans l'ensemble, sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable. Ces observations m'amènent à la deuxième prétention de l'appelant concernant l'admissibilité de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995.

(ii) L'effet préjudiciable découlant de l'admission de la déclaration de culpabilité de 1995 ne justifiait pas son exclusion

[49] La valeur probante de la déclaration de culpabilité antérieure prononcée en 1995 est évidente. L'appelant soutient malgré tout que l'admission de cette déclaration de culpabilité a rendu son procès inéquitable et lui a occasionné un préjudice irrémédiable. En effet, selon lui, il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que le juge des faits n'utilise la déclaration de culpabilité que pour le rattacher à l'agression de J.S. : l'adoption du raisonnement fondé sur une prédisposition générale et celui, interdit, fondé sur la propension s'ensuivraient inévitablement. En outre, selon lui, faire face à une déclaration de culpabilité antérieure constituerait un obstacle infranchissable qu'il ne pourrait surmonter. Son effet préjudiciable l'emportant, à son avis, sur sa valeur probante, il conclut que la déclaration de culpabilité n'aurait pas dû être admise.

[50] J'estime, pour plusieurs raisons, que la prétention de l'appelant n'est pas convaincante.

[51] Premièrement, il n'est pas inhabituel pour les juges des faits d'être exposés à des déclarations de culpabilités antérieures que le ministère public tente de produire afin d'établir une preuve de faits similaires. Normalement, ces déclarations de culpabilités font suite à des plaidoyers de culpabilité plutôt que d'être le fruit de verdicts de culpabilité issus de procès (voir, p. ex., *R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.); *R. c. Fisher*, 2003 SKCA 90, 179 C.C.C. (3d) 138, autorisation d'appel refusée [2004] 3 R.C.S. viii; et *R. c. James* (2006), 84 O.R. (3d) 227 (C.A.), autorisation d'appel refusée [2007] 3 R.C.S. x). Or, pour les besoins de l'évaluation du préjudice, je ne vois aucune distinction significative entre les deux cas de figure. En effet,

prior conviction if he or she so chooses. The authorities cited above undercut the appellant's *per se* submission that judges and juries will inevitably engage in impermissible propensity reasoning when confronted with a prior conviction stemming from the similar fact evidence the Crown proposes to lead.

[52] Second, a prior conviction constitutes strong proof that the similar act conduct in question occurred. In that sense, it has greater probative value than an unproven allegation (see, e.g., D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (rev. 5th ed. 2008), at pp. 144-47). While a conviction may be harder to respond to than an unproven allegation, that does not make the conviction inadmissible. Just because a piece of evidence operates unfortunately for an accused does not of itself render the evidence inadmissible or the trial unfair (see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 724-25, *per* La Forest J., dissenting on other grounds).

[53] Third, an accused is entitled to a fair trial, not a trial in which the playing field is tilted in his or her favour. In the similar fact *voir dire*, the appellant chose to challenge his involvement in the J.S. incident. That was his right. But the rules of evidence did not permit him to keep from the trial judge the best evidence the Crown had available to link him to that attack. For that reason, it became permissible for the Crown to lead the conviction in its case in chief on the similar fact application.

[54] Returning to the matter of fairness, I find the appellant's overall position to be untenable. On his scenario, in order to establish the identity

dans les deux cas, non seulement le juge des faits est-il informé de la déclaration de culpabilité antérieure et connaît-il l'utilisation limitée qu'il peut en faire, mais l'accusé peut toujours, s'il le souhaite, la contester ou l'expliquer. De plus, la jurisprudence précitée ébranle la prétention générale de l'appellant selon laquelle les juges et les jurys se livreront inévitablement au raisonnement interdit fondé sur la propension s'ils admettent une déclaration de culpabilité antérieure que le ministère public tente de produire pour établir une preuve de faits similaires.

[52] Deuxièmement, une déclaration de culpabilité antérieure constitue une preuve solide que le comportement visé par les faits similaires en question a eu lieu. En ce sens, sa valeur probante est supérieure à une allégation non établie (voir, p. ex., D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5^e éd. rév. 2008), p. 144-147). S'il est plus difficile d'ignorer une déclaration de culpabilité que d'ignorer une allégation non établie, cette difficulté ne rend pas la déclaration de culpabilité inadmissible. Lorsqu'un élément de preuve a des conséquences malheureuses pour l'accusé, il ne devient pas en soi inadmissible ni ne rend le procès inéquitable (voir *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 724-725, le juge La Forest, dissident sur d'autres points).

[53] Troisièmement, l'accusé a droit à un procès équitable, mais pas à un procès qui lui garantit que les règles du jeu penchent en sa faveur. Lors du *voir-dire* sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires, l'appellant a choisi de contester sa participation dans l'agression dont J.S. a été victime. Il en avait le droit. Mais, selon les règles de preuve, il n'avait pas le droit d'empêcher que la juge du procès dispose de la meilleure preuve que le ministère public pouvait obtenir pour le rattacher à l'agression. C'est la raison pour laquelle le ministère public a été autorisé à produire dans sa preuve principale la déclaration de culpabilité présentée lors du *voir-dire* tenu dans le cadre de la demande visant les faits similaires.

[54] Revenant à la question d'équité, j'estime que la thèse globale de l'appellant est indéfendable. Selon lui, pour établir le lien prouvant l'identité que

link required by the second *Arp* test, the Crown would be required to call the witnesses from the 1995 trial to re-prove its case. The appellant could cross-examine them with a view to impugning their testimony and the integrity of the police investigation — all the while suppressing the fact that he had been convicted of sexually assaulting J.S. following a trial by judge and jury. In oral argument before this Court, he went even further and submitted that if he were to testify and deny having sexually assaulted J.S., it would be impermissible for the Crown to cross-examine him on his prior conviction for credibility purposes.

[55] As I see it, the appellant must bear the inevitable consequences of his own strategic choice. That is the way our criminal justice system functions. Again, the appellant was not entitled to a trial tilted in his favour. He was entitled to a fair trial — and that is what he received.

[56] In the end, as with all similar fact evidence, it falls to trial judges, in the exercise of their discretion, to admit the evidence if its probative value exceeds its prejudicial effect and to exclude it if it does not. In concluding, as I have, that the trial judge in the instant case did not err in admitting the appellant's 1995 conviction for the limited purpose of linking him to the assault on J.S., I should not be taken as holding that prior convictions will always be admissible when similar fact evidence is tendered. Each case must be assessed on its own facts and circumstances.

[57] Here, the trial judge engaged in a comprehensive analysis of the evidence and, after applying the governing principles, she found that the probative value of the proposed evidence exceeded its prejudicial effect. Accordingly, she decided to admit the evidence. In doing so, she was entitled to consider the appellant's 1995 conviction as "some

requiert le second des tests de l'arrêt *Arp*, le ministère public devrait faire entendre les témoins qui avaient été entendus lors du procès de 1995 et ainsi reprendre sa preuve. L'appelant pourrait les contre-interroger pour tenter d'attaquer leurs témoignages et de miner l'intégrité de l'enquête policière —, et ce, tout en ne révélant pas qu'il a été déclaré coupable de l'agression sexuelle de J.S. à l'issue d'un procès devant juge et jury. Dans sa plaidoirie devant la Cour, il a poussé sa thèse au point d'affirmer que s'il témoignait et niait avoir agressé J.S. sexuellement, le ministère public ne devrait pas être autorisé à le contre-interroger sur sa déclaration de culpabilité antérieure à des fins de crédibilité.

[55] À mon sens, l'appelant doit assumer les conséquences inévitables de ses propres choix stratégiques. Il doit se plier aux rouages de notre système de justice pénale. Encore une fois, l'appelant n'avait pas droit à un procès qui penche en sa faveur; il avait droit à un procès équitable — et c'est ce qu'il a eu.

[56] En définitive, dans toute affaire comportant une preuve de faits similaires, il incombe aux juges du procès — dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire — d'admettre cette preuve si sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable ou, sinon, de l'exclure. Cela étant dit, je conclus, certes, que la juge du procès en l'espèce n'a commis aucune erreur lorsqu'elle a admis la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en 1995 dans le but limité de le rattacher à l'agression de J.S., mais je ne voudrais pas laisser entendre que les déclarations de culpabilités antérieures seront toujours admissibles sur présentation d'une preuve de faits similaires. Chaque cas est un cas d'espèce devant être évalué sur la foi des faits et des circonstances en cause.

[57] En l'espèce, la juge du procès s'est livrée à une analyse exhaustive de la preuve et, après avoir appliqué les principes directeurs, elle a conclu que la valeur probante de la preuve proposée l'emportait sur son effet préjudiciable. Elle a donc décidé d'admettre la preuve. Partant, elle avait le droit de juger que la déclaration de culpabilité prononcée

evidence” linking him to the J.S. incident. I see no basis for interfering with her decision.

B. *Issue 2 — Was the Appellant Entitled to Challenge His 1995 Conviction on the Similar Fact Voir Dire?*

[58] The trial judge precluded the appellant from challenging his 1995 conviction on the *voir dire*. She found that he was estopped from doing so by virtue of the doctrine of *res judicata*. The British Columbia Court of Appeal concluded that while the trial judge may have erred in this regard, had the appellant attempted to directly challenge his conviction at the *voir dire* stage, his attempt could have been rebuffed as an abuse of process.

[59] In deciding whether the appellant could or could not challenge his conviction on the *voir dire*, I am respectfully of the view that labels such as *res judicata* and abuse of process are unhelpful and inappropriate. In the wake of this Court’s decision in *Mahalingan*, it is clear that neither of these doctrines can prevent an accused from challenging a prior conviction on a *voir dire*. The answer, I believe, lies in the trial judge’s right to control the proceedings.

[60] In terms of controlling the proceedings, it is important in any given case to stay focussed on the purpose for which the similar fact evidence is being tendered and the rules that govern its admission. Here, the evidence was being put forward to prove identity. To be admissible for that purpose, among other things, the Crown had to lead “some evidence” linking the appellant to the assault on J.S. As discussed, it was open to the Crown to lead the appellant’s prior conviction to establish the necessary link, since the accused chose to put identity in issue.

en 1995 contre l’appellant satisfaisait à l’exigence de l’existence « [d’]éléments de preuve » le rattachant à l’agression dont J.S. a été victime. Je ne vois aucune raison de modifier sa décision.

B. *Deuxième question — L’appellant avait-il le droit de contester la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995 dans le cadre du voir-dire sur l’admissibilité de la preuve de faits similaires?*

[58] La juge du procès n’a pas autorisé l’appellant à contester, lors du voir-dire, la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995. Elle a jugé qu’il en était préclus en raison de la doctrine de la chose jugée. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a conclu que la juge du procès a peut-être commis une erreur à cet égard, mais que si l’appellant avait tenté de contester directement la déclaration de culpabilité à l’étape du voir-dire, sa tentative aurait pu être écartée parce qu’elle aurait constitué un abus de procédure.

[59] Avec égards, j’estime que les termes *chose jugée* et *abus de procédure* sont inutiles et inappropriés pour répondre à la question de savoir si l’appellant pouvait contester, à l’étape du voir-dire, la déclaration de culpabilité prononcée contre lui. Dans la foulée de l’arrêt *Mahalingan* de la Cour, il est évident que ni l’une ni l’autre de ces doctrines ne sauraient empêcher un accusé de contester une déclaration de culpabilité antérieure dans le cadre d’un voir-dire. La réponse, à mon avis, tient au droit du juge du procès d’être maître de la conduite de l’instance.

[60] S’agissant de la conduite de l’instance, il importe dans toute affaire que le juge ne perde pas de vue le but recherché par la partie qui entend produire une preuve de faits similaires ainsi que les règles qui régissent son admission. En l’espèce, la preuve était présentée pour prouver l’identité. Pour que la preuve puisse être admise à cette fin, le ministère public devait, entre autres choses, présenter « des éléments de preuve » rattachant l’appellant à l’agression de J.S. Comme je l’ai dit, le ministère public pouvait produire la déclaration de culpabilité antérieure prononcée contre l’appellant pour établir le lien requis, puisque ce dernier avait choisi de contester l’identité.

[61] To the extent that an accused wishes to challenge a prior conviction at the *voir dire* stage, I see no reason why he or she should be automatically foreclosed from doing so. If, for example, an accused could show that the conviction in question had been overturned on appeal or set aside pursuant to an Application for Ministerial Review under s. 696.3(3)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, surely he or she should be able to lead that evidence. Likewise, if there were fresh or additional evidence available that could, if believed, cast serious doubt on the integrity of the prior conviction, a trial judge might well decide to hear it.

[62] The situations I have mentioned, in which evidence challenging a prior conviction may be adduced on a *voir dire*, are not meant to be exhaustive and should not be taken as such. Such situations will, however, be rare.

[63] In cases like the present one, at the *voir dire* stage, given the low evidentiary threshold (“some evidence”) that must be met to link an accused to the similar act, a trial judge could reject a request to lead evidence to challenge the admissibility of a conviction if he or she believed there was no reasonable likelihood that it would impact on the admissibility of the evidence. Again, this is a function of the trial judge’s right to control the proceedings. Judicial resources are scarce and they ought to be used constructively, not wasted on pointless litigation. As this Court held in *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343, at para. 31 — a case concerning the ability of an accused to cross-examine a police affiant on a *voir dire* dealing with the admissibility of wiretap evidence:

There is no point in permitting cross-examination if there is no reasonable likelihood that it will impact on

[61] Je ne vois pas pourquoi l’accusé qui entend contester une déclaration de culpabilité antérieure à l’étape du voir-dire en serait automatiquement préclus. Par exemple, si l’accusé peut établir que la déclaration de culpabilité antérieure en question a été infirmée en appel ou annulée à la suite d’une demande de révision auprès du ministre fondée sur l’al. 696.3(3)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, il devrait certainement être en mesure de produire cet élément de preuve. De même, si des éléments de preuve supplémentaires ou nouveaux, une fois jugés crédibles, permettaient de mettre sérieusement en doute l’intégrité de la déclaration de culpabilité antérieure, le juge du procès pourrait fort bien décider de les entendre.

[62] La liste des situations que j’ai évoquée, situations dans lesquelles il est possible de produire des éléments de preuve pour contester une déclaration de culpabilité antérieure dans le cadre d’un voir-dire, n’est pas censée être exhaustive et il ne faudrait pas la considérer comme telle. Il n’en demeure pas moins que ce type de situations est rare.

[63] Dans les affaires comme celle de l’espèce, vu la norme de preuve peu élevée (soit qu’il existe « des éléments de preuve ») à laquelle il faut satisfaire pour rattacher l’accusé aux faits similaires, le juge du procès pourrait, au moment du voir-dire, rejeter une demande visant la production d’éléments de preuve pour contester l’admissibilité d’une déclaration de culpabilité s’il estime qu’il n’y a aucune probabilité raisonnable que celle-ci ait une incidence sur l’admissibilité de la preuve. Là encore, il s’agit d’une question liée au droit du juge d’être maître de la conduite de l’instance. Les ressources judiciaires sont limitées et doivent être utilisées de manière constructive plutôt que gaspillées pour des contestations futiles. Comme la Cour l’a conclu dans *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343, par. 31 — une affaire portant sur la possibilité pour l’accusé de contre-interroger un policier souscripteur d’affidavit dans le cadre d’un voir-dire sur la question de l’admissibilité d’une preuve obtenue par écoute électronique :

Il ne sert à rien de permettre le contre-interrogatoire s’il n’existe aucune probabilité raisonnable que celui-ci

the question of the admissibility of the evidence. The *Garofoli* threshold test is nothing more than a means of ensuring that, when a s. 8 challenge is initiated, the proceedings remain focussed and on track. . . . The *Garofoli* threshold test is all about relevancy. If the proposed cross-examination is not relevant to a material issue, within the narrow scope of the review on admissibility, there is no reason to permit it. [Emphasis added.]

[64] At trial, the situation would be different. As *Mahalingan* explains, the accused is entitled to challenge his or her prior conviction at trial. But even then, it would be open to the Crown, having successfully passed the hurdle of the similar fact *voir dire*, to introduce the prior conviction as evidence linking the accused to the similar act conduct. If the accused wished to challenge it by way of re-litigation, he or she could call the witnesses from the previous trial. While that approach might make matters more difficult for the accused, I see no reason why it should be easy for an accused to challenge, by way of re-litigation, a conviction that has been obtained following a full and fair trial.

[65] Returning to the case at hand, the situation proved to be somewhat unique in that the trial transcripts were not available. Because of that, it would appear that the Crown chose to call a number of witnesses from the 1995 trial on the *voir dire* to satisfy the second *Arp* test. As it turns out, the appellant was permitted to cross-examine them on the *voir dire* with a view to impugning their evidence and the integrity of the police investigation — just as he had at his trial in 1995. In other words, he got to challenge his conviction on the *voir dire* even though the trial judge could have precluded him from doing so on the basis that there was no reasonable likelihood that his attempt to re-litigate the J.S. incident would impact on the admissibility of the evidence in question.

ait une incidence sur la question de l'admissibilité de la preuve. Le critère préliminaire énoncé dans *Garofoli* n'est rien de plus qu'un moyen de s'assurer que, une fois la contestation fondée sur l'art. 8 engagée, l'instance demeure sur la bonne voie. [. . .] La pertinence est l'essence du critère préliminaire de l'arrêt *Garofoli*. Si le contre-interrogatoire projeté n'est pas pertinent à l'égard d'une question substantielle, dans le cadre limité de la révision concernant l'admissibilité, il n'y a alors aucune raison de le permettre. [Je souligne.]

[64] La situation serait différente dans le cadre du procès. En effet, ainsi que la Cour l'a expliqué dans *Mahalingan*, lors du procès, l'accusé a le droit de contester une déclaration de culpabilité antérieure prononcée contre lui. Or, là encore, le ministère public qui a eu gain de cause dans le cadre d'un voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires aurait la possibilité de présenter la déclaration de culpabilité antérieure pour établir le lien entre l'accusé et le comportement visé par les faits similaires. Si l'accusé tenait à la contester par voie de remise en cause, il pourrait faire entendre les témoins qui avaient été entendus lors du procès antérieur. Il est vrai que cette démarche peut compliquer la tâche de l'accusé, mais je ne vois pas pourquoi la remise en cause devrait lui permettre de contester facilement une déclaration de culpabilité obtenue à l'issue d'un procès complet et équitable.

[65] Dans le cadre de la présente affaire, la situation s'est révélée quelque peu unique parce qu'il n'a pas été possible d'obtenir les transcriptions du procès. C'est ce qui explique pourquoi, lors du voir-dire, pour satisfaire au second des tests de l'arrêt *Arp*, le ministère public a choisi d'interroger plusieurs témoins qui avaient été entendus dans le cadre du procès de 1995. Pour sa part, l'appellant a eu l'occasion de les contre-interroger pour tenter d'attaquer leurs témoignages et de miner l'intégrité de l'enquête policière — tout comme il en avait eu l'occasion dans le cadre de son procès en 1995. Autrement dit, il a eu l'occasion de contester la déclaration de culpabilité lors du voir-dire, même si la juge du procès aurait pu l'en empêcher au motif qu'il n'y avait aucune probabilité raisonnable que sa tentative de remise en cause quant à l'agression dont J.S. a été victime ait une incidence sur la question de l'admissibilité de la preuve en question.

[66] In the end, the trial judge could have foreclosed the appellant from challenging his 1995 conviction on the *voir dire* on the basis that it would have been a wasteful and pointless exercise in the circumstances. Hence, the trial judge's ruling that he was foreclosed from challenging it on a different basis was of no moment. The 1995 conviction provided the evidentiary link needed to tie the appellant to the similar act conduct. It constituted "some evidence" that he was the person who assaulted J.S., and it could not be displaced by simply re-litigating matters that had been litigated at the 1995 trial.

C. *Issue 3 — Did the Trial Judge Commit Reversible Error in Finding, on the Trial Proper, that the Appellant Was Likely the Person Who Assaulted J.S.?*

[67] The evidence from the similar fact *voir dire* was admitted on the trial proper and formed part of the record for the trial judge's consideration. In her reasons for judgment, the trial judge explained that, in her capacity as trier of fact, for reasons previously given on the similar fact *voir dire*, she could rely on the appellant's 1995 conviction as proof of identification to the required balance of probabilities that he was the person who had assaulted J.S. Accordingly, she considered it unnecessary to "repeat the *voir dire* evidence pertaining to the identification of [the appellant] as the perpetrator of the sexual assault of J.S. in 1993" (para. 119).

[68] The appellant takes issue with this aspect of the trial judge's reasons. In accordance with *Arp*, he accepts that, on the trial proper, in order to use the 1993 incident as similar fact evidence, the trial judge had to be satisfied on balance that the appellant was the person who assaulted J.S. This is a higher threshold than the "some evidence" that is required on the *voir dire*. His complaint is that, in making that finding on the trial proper, the trial

[66] En définitive, la juge du procès aurait pu interdire à l'appellant de contester, lors du voir-dire, la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995 au motif qu'une telle contestation aurait été un exercice futile et inutile dans les circonstances. La décision de la juge du procès d'empêcher l'appellant de la contester pour un autre motif n'a donc eu aucune incidence. La déclaration de culpabilité de 1995 a permis d'établir le lien voulu entre l'accusé et le comportement visé par les faits similaires. Grâce à elle, il existait « [un] élém[en]t de preuve » établissant que l'appellant était l'agresseur de J.S. et elle ne pouvait être écartée simplement en remettant en cause les questions qui avaient déjà été tranchées lors du procès de 1995.

C. *Troisième question — La juge du procès a-t-elle commis une erreur justifiant l'annulation de sa décision lorsqu'elle a conclu, lors du procès lui-même, que l'appellant était probablement l'agresseur de J.S.?*

[67] La preuve obtenue lors du voir-dire a été admise dans le cadre du procès lui-même et faisait partie du dossier que la juge du procès a été appelée à examiner. Dans ses motifs de jugement, la juge du procès a expliqué que, en sa qualité de juge des faits, elle pouvait — pour les raisons qu'elle avait déjà exposées dans le cadre du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires — se fonder sur la déclaration de culpabilité de 1995 pour établir, suivant la prépondérance des probabilités, l'identification de l'appellant confirmant qu'il était l'agresseur de J.S. En conséquence, elle a jugé qu'il n'était pas nécessaire de [TRADUCTION] « refaire la preuve obtenue lors du voir-dire identifiant [l'appellant] comme l'auteur de l'agression sexuelle de J.S. en 1993 » (par. 119).

[68] L'appellant conteste cet aspect des motifs de la juge du procès. Compte tenu de l'arrêt *Arp*, il reconnaît que, dans le cadre du procès lui-même, la juge du procès devait être convaincue — suivant la probabilité — qu'il était l'agresseur de J.S. pour pouvoir utiliser l'agression de 1993 comme preuve de faits similaires. Ce critère est plus rigoureux que la simple existence « [d']éléments de preuve » exigée dans le cadre du voir-dire. Il soutient qu'en

judge relied solely on the appellant's 1995 conviction — and doing so, she failed to take into account material evidence adduced on the *voir dire* and admitted at trial that challenged the integrity of that conviction. Had the trial judge considered the pertinent evidence, she may not have been satisfied, on balance, that the appellant was the person who assaulted J.S., thereby rendering the similar fact evidence valueless. In light of that error, the appellant submits that he is entitled to a new trial.

[69] I would not give effect to the appellant's submission. The trial judge was fully familiar with the evidence on the similar fact *voir dire*. In particular, she was alive to the frailties in the Crown's case in relation to the identification of the appellant as J.S.'s assailant. At para. 94 of her ruling on the similar fact *voir dire*, she made specific reference to "the weaknesses in the Crown's case in 1995 via the cross-examination [by defence counsel] on this *voir dire* of some of the witnesses that the Crown [had] called at that trial". In this regard, she noted that memories had faded, certain witnesses, including J.S., were unavailable and much had been lost with the passage of time. She also recognized that there were "some inconsistencies in the various descriptions of the perpetrator of the sexual assault of J.S. by the eyewitnesses now called on this *voir dire*, and potentially some dubious practices engaged in by the police regarding the issue of identification" (para. 94).

[70] That said, in the end, the trial judge was satisfied that she could safely rely on the evidence of

tirant cette conclusion dans le cadre du procès lui-même, la juge du procès s'est fondée uniquement sur la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en 1995 — et que, ce faisant, elle n'a pas tenu compte d'importants éléments de preuve présentés lors du voir-dire et admis lors du procès qui mettaient en cause l'intégrité de cette déclaration de culpabilité. Selon lui, si la juge du procès avait tenu compte des éléments de preuve pertinents, elle aurait pu ne pas être convaincue, suivant la prépondérance des probabilités, que l'appelant était l'agresseur de J.S., ce qui aurait privé la preuve de faits similaires de toute valeur. L'appelant prétend que cette erreur lui donne droit à un nouveau procès.

[69] J'estime que cette prétention ne mérite pas qu'on lui donne effet. La juge du procès connaissait très bien la preuve qui avait été présentée dans le cadre du voir-dire pour établir l'existence de faits similaires. Elle était tout particulièrement consciente des faiblesses de la preuve du ministère public relativement à l'identification de l'appelant confirmant qu'il était l'agresseur de J.S. Au par. 94 de la décision qu'elle a rédigée à l'issue du voir-dire sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires, elle a fait référence spécifiquement aux [TRADUCTION] « faiblesses de la preuve produite par le ministère public en 1995 qui ont été exposées par le contre-interrogatoire tenu dans le cadre du voir-dire [et mené par l'avocat de la défense] de certains témoins à charge qui avaient été entendus au procès tenu cette année-là ». À cet égard, elle a souligné que le souvenir des témoins s'était estompé, que certains témoins — dont J.S. — n'avaient pas pu être retrouvés ou assignés à témoigner et qu'il manquait beaucoup de renseignements parce que trop de temps s'était écoulé. Elle a également reconnu qu'il y avait « quelques incohérences dans les différentes descriptions de l'auteur de l'agression sexuelle commise contre J.S. fournies par les témoins entendus dans le cadre du présent voir-dire, et que les policiers s'étaient peut-être livrés à des pratiques douteuses relativement à la question de l'identification » (par. 94).

[70] Cela étant dit, la juge du procès a estimé, en définitive, qu'elle pouvait s'en remettre sans risque

the Crown witnesses who testified on the similar fact *voir dire*. In her reasons for judgment at para. 193, quoted above at para. 25, she stated that, based on her assessment of the credibility and reliability of all of the witnesses who testified at the trial, she “accept[ed] the evidence of the witnesses called by the Crown, both in relation to the 1993 incident, and the present charge [involving J.M.]”.

[71] Various witnesses called by the Crown on the *voir dire* identified the appellant as J.S.’s assailant. At para. 193, the trial judge plainly stated that she accepted their evidence. In so concluding, she would not have lost sight of the frailties in their evidence which she had earlier identified in her similar fact ruling.

[72] From this, it is implicit there was nothing said by the identification witnesses that caused the trial judge to question the integrity of the appellant’s 1995 conviction. On the contrary, their evidence, which she accepted, supported it. Put simply, had the trial judge made specific reference to the witnesses who testified on the *voir dire* and who identified the appellant as J.S.’s assailant, the verdict, in my view, would inevitably have been the same.

VIII. Conclusion

[73] In the circumstances of this case, the trial judge did not err in receiving the appellant’s 1995 conviction for the limited purpose of linking him to the sexual assault on J.S. The appellant did not provide a proper basis for seeking to challenge that conviction on the *voir dire*, since there was no reasonable likelihood that re-litigating the 1995 trial would have impacted on the admissibility of the evidence in question. Hence, the trial judge’s refusal to consider the matter occasioned no harm to him. On the trial proper, it is apparent that the trial judge considered the whole of the evidence in determining that she was satisfied, on balance, that

d’erreur aux dépositions des témoins à charge entendus dans le cadre du voir-dire sur l’admissibilité de la preuve de faits similaires. Au paragraphe 193 de ses motifs formulés à l’issue du procès — repris au par. 25 des présents motifs —, elle a indiqué que, après avoir apprécié la crédibilité et la fiabilité de tous les témoignages livrés durant le procès, elle [TRADUCTION] « accept[ait] les dépositions des témoins à charge relativement tant à l’incident survenu en 1993 qu’à l’accusation imputée en l’espèce [relativement à J.M.] ».

[71] Plusieurs témoins à charge ont identifié l’appelant durant le voir-dire comme étant l’agresseur de J.S. Au paragraphe 193, la juge du procès a clairement indiqué qu’elle acceptait leurs témoignages. Lorsqu’elle a tiré cette conclusion, elle n’était pas sans connaître les faiblesses de leur témoignage qu’elle avait déjà relevées dans sa décision sur les faits similaires.

[72] Ces éléments démontrent implicitement que rien dans les témoignages entendus sur la question de l’identification n’a amené la juge du procès à douter de l’intégrité de la déclaration de culpabilité de l’appelant de 1995. Au contraire, elle a accepté leurs témoignages, qui confirmaient la déclaration de culpabilité. Bref, si la juge du procès avait fait référence précisément aux témoins entendus durant le voir-dire qui ont identifié l’appelant comme étant l’agresseur de J.S., j’estime que le verdict aurait inévitablement été le même.

VIII. Conclusion

[73] Dans les circonstances, la juge du procès n’a commis aucune erreur en admettant la déclaration de culpabilité de l’appelant prononcée en 1995 dans le but limité de le rattacher à l’agression sexuelle commise contre J.S. Vu l’absence de probabilité raisonnable que la remise en cause du procès de 1995 aurait eu une incidence sur la question de l’admissibilité de la preuve, l’appelant n’a pas fondé sa contestation de la déclaration de culpabilité dans le cadre du voir-dire sur des motifs adéquats. Le refus de la juge d’examiner la question ne lui a donc causé aucun tort. Lors du procès lui-même, la juge a manifestement tenu compte de l’ensemble de la

the appellant was the person who assaulted J.S. The frailties in the evidence identifying the appellant as her attacker, though well known to the trial judge, did not cause the trial judge to doubt the integrity of the 1995 conviction.

[74] In the result, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Q.C., Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

preuve pour conclure qu'elle était convaincue, suivant la prépondérance des probabilités, que l'appellant était l'agresseur de J.S. La juge du procès était tout à fait consciente des faiblesses de la preuve qui avait permis d'identifier l'appellant comme agresseur, mais ces faiblesses ne l'ont pas amenée à douter de l'intégrité de la déclaration de culpabilité de 1995.

[74] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Gil D. McKinnon, c.r., Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.