

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

37-10-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

APPELLANT

- and -

CHARLES PICOT

RESPONDENT

R. v. Picot, 2011 NBCA 70

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
March 3, 2010

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
October 26, 2010

Judgment rendered:
August 18, 2011

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

Concurred in by:
The Honourable Justice Quigg

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELANTE

- et -

CHARLES PICOT

INTIMÉ

R. c. Picot, 2011 NBCA 70

CORAM :

L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 3 mars 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 26 octobre 2010

Jugement rendu :
Le 18 août 2011

Motifs de jugement :
L'honorable juge Bell

Souscrit aux motifs :
L'honorable juge Quigg

Dissenting reasons by :
The Honourable Justice Richard

Motifs dissidents :
L'honorable juge Richard

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
François Doucet

Pour l'appelante :
François Doucet

For the respondent:
Alison J. Ménard

Pour l'intimé :
Alison J. Ménard

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed and a new trial is ordered.

L'appel est accueilli, et la Cour ordonne la tenue d'un nouveau procès.

The Honourable Justice Richard, dissenting, would have dismissed the appeal.

Le juge Richard, dissident, aurait rejeté l'appel.

Les motifs suivants rendus par

LE JUGE RICHARD (dissident)

[1] J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de décision de mes collègues et, en toute déférence, je ne souscris pas au dispositif de l'appel. Je souscris de façon générale à la démarche qu'ils ont adoptée pour rejeter le premier moyen d'appel, mais je ne peux cautionner l'idée d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur le fondement du second moyen d'appel. Je suis donc d'avis de rejeter l'appel.

[2] Pour l'application de l'art. 677 du *Code criminel* et compte tenu de l'al. 691(2)a), la question de droit sur laquelle s'appuie ma dissidence est la suivante :

Lorsqu'un juge de première instance prononce un verdict d'acquiescement sur le fondement d'un doute raisonnable, le défaut du juge de tenir compte particulièrement d'un témoignage sur des questions incidentes, qui aurait pu à certains égards étayer la crédibilité du plaignant, soulève-t-il une question de droit seulement, donnant ainsi au procureur général un droit d'appel en vertu de l'al. 676(1)a) du *Code criminel*?

À mon humble avis, le juge du procès a tenu compte de tous les témoignages mais, le cas advenant que ce ne soit pas le cas, comme l'ont conclu mes collègues, ce défaut ne soulève pas une question de droit seulement si l'acquiescement est fondé sur un doute raisonnable.

[3] Mes collègues ont relaté les faits pertinents et je n'en donnerai pas les détails à nouveau. En bref, la présente affaire oppose essentiellement le témoignage d'un plaignant à celui d'un accusé dans une poursuite pour attentat à la pudeur d'une personne de sexe masculin. L'infraction se serait produite entre le 25 et le 27 décembre 1975, à une époque où l'art. 156 du *Code criminel* faisait de cette conduite un acte criminel pour lequel son auteur était passible d'une peine d'emprisonnement de 10 ans. Le plaignant a allégué que, à un moment durant sa jeunesse, l'accusé, qui était prêtre, s'est lié d'amitié

avec lui. À une occasion, pendant qu'ils regardaient seuls tous les deux la télévision, le prêtre aurait touché les parties intimes du garçon. Seules trois personnes ont été appelées à témoigner : le plaignant, l'accusé et le frère du plaignant. Le plaignant a décrit l'incident et les répercussions qu'il a eues sur lui ainsi qu'un affrontement avec l'accusé qui a eu lieu au téléphone plusieurs années plus tard. L'accusé a nié l'incident et contredit la description de la conversation téléphonique faite par le plaignant. En ce qui concerne le frère du plaignant, celui-ci a expliqué comment le comportement général du plaignant avait changé au début de son adolescence et comment il se faisait qu'il avait appris seulement plusieurs années plus tard que cet incident s'était produit.

[4] La question de la crédibilité a pris une grande importance au procès, mais il ne s'agissait pas de la question déterminante. Le critère prédominant était celui de savoir si la poursuite avait prouvé la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. En répondant à cette question, le juge du procès avait l'obligation de suivre de près le raisonnement exposé dans l'arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL), où le juge Cory a expliqué que, dans les cas où la crédibilité de l'accusé est décisive, il faut commencer l'analyse en tranchant la question de savoir si le témoignage est crédible. Si tel est le cas, l'acquittement s'ensuit. Si tel n'est pas le cas, la question qui se pose alors est celle de savoir si, malgré ce manque de crédibilité, le témoignage laisse néanmoins un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits. Si un doute raisonnable persiste, un acquittement s'ensuit. Dans le cas contraire, il faut passer à la troisième étape de l'analyse : il faut déterminer « si, en vertu de la preuve [acceptée], [le juge des faits est convaincu] hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé » (par. 28). Le verdict de culpabilité est justifié dans ce seul cas.

[5] Dans la présente affaire, le juge du procès a adopté précisément cette démarche et a constamment fait valoir que sa tâche consistait à déterminer si la poursuite avait prouvé la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Le juge a évalué les témoignages entendus au procès et, sous certains rapports importants, il n'a pas totalement cru le plaignant. Il n'a surtout pas cru l'accusé. Toutefois, en se fondant sur

l'analyse fondée sur l'arrêt *W.(D.)*, le juge a prononcé l'acquittement. Il a donné les motifs suivants :

[...] Quoiqu'il en soit, le Tribunal ne croit pas l'accusé et ses intérêts personnels et les incohérences qui apparaissent dans son témoignage sont tous des éléments qui [permettent] au Tribunal de ne pas croire en sa version des faits. Il incombe tout de même à la Couronne d'établir hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé, et l'accusé bénéficie toujours de la présomption d'innocence jusqu'à preuve hors de tout doute raisonnable. Faute de corroboration dans le témoignage du plaignant, le Tribunal ne peut arriver à cette conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Le Tribunal ne peut fonder sa décision sur la sympathie ou sur un préjugé. Il doit être sur la raison et sur le bon sens. Le Tribunal ne peut conclure à la culpabilité de l'accusé sur ses conclusions qu'il est probablement coupable et même dans ces circonstances, il doit l'acquitter. [...]

[6] Comme mes collègues le rappellent, le procureur général soulève deux moyens d'appel. Premièrement, il prétend que le juge du procès a commis une erreur de droit en exigeant que le témoignage du plaignant soit corroboré pour qu'il puisse s'ensuivre une déclaration de culpabilité. Deuxièmement, il allègue que, si la corroboration était en fait un élément essentiel, le juge a fait erreur en ne trouvant pas la corroboration nécessaire.

[7] Je souscris à la conclusion de mes collègues selon laquelle le juge du procès n'a pas exigé, du point de vue du droit, la corroboration du témoignage du plaignant pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité. S'il avait exigé pareille corroboration, il ne fait aucun doute qu'il aurait commis une erreur. Selon le libellé du *Code criminel* en 1975, la corroboration n'était pas une exigence de la déclaration de culpabilité pour attentat à la pudeur d'une personne de sexe masculin. En fait, elle ne l'a jamais été depuis.

[8] À l'appui du premier moyen d'appel, l'avocat du procureur général fait ressortir particulièrement les deux déclarations suivantes contenues dans les motifs d'acquiescement du juge :

Il est bien – bien établi en droit que le Tribunal doit faire très attention avant de prononcer un verdict de culpabilité sur la foi du témoignage non corroboré d'un témoin.

[...]

Faute de corroboration dans le témoignage du plaignant, le Tribunal ne peut arriver à cette conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable.

[9] Selon l'avocat du procureur général, ces déclarations démontrent que le juge du procès exigeait la corroboration, en droit, pour lui permettre de prononcer un verdict de culpabilité. En toute déférence, je dois dire que ce n'est tout simplement pas le cas. Considérée seule, la première de ces deux déclarations n'est manifestement pas un énoncé de droit totalement exact : *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811. Néanmoins, elle ne peut être interprétée comme signifiant que le juge exigeait la corroboration, en droit, pour lui permettre de prononcer un verdict de culpabilité. Le juge n'a pas dit qu'il ne pouvait prononcer un verdict de culpabilité sans corroboration, il a simplement dit qu'il devait faire attention avant de prononcer un verdict de culpabilité sur la foi d'un témoignage non corroboré. Qui plus est, il est bien établi en droit que les observations faites dans les motifs de décision doivent être interprétées dans le contexte de la décision dans son ensemble. Lorsque la décision du juge du procès est lue intégralement, il est évident qu'il ne considérait pas la corroboration comme une exigence juridique préalable à une déclaration de culpabilité.

[10] Le juge du procès a parlé de corroboration pour la première fois dans le contexte d'une explication sur la façon d'évaluer la crédibilité. Il a expliqué que la démarche qu'il adopterait pour trancher l'affaire était celle exposée dans *R. c. W.(D.)*. S'il avait exigé, en droit, que le témoignage du plaignant soit corroboré pour qu'un verdict de culpabilité soit possible, il n'aurait tout simplement pas eu besoin de tirer des conclusions

relatives à la crédibilité dans le cadre d'une analyse fondée sur l'arrêt *W.(D.)*. Le juge aurait tout simplement affirmé que, faute de corroboration, il ne pouvait prononcer un verdict de culpabilité et aurait alors acquitté l'accusé. Or, ce n'est pas ce qu'il a fait. Le juge a analysé le témoignage donné au procès et tiré des conclusions concernant particulièrement la crédibilité. Ce faisant, il a constaté que le plaignant lui-même croyait qu'il avait besoin de la corroboration pour donner du poids à son propre témoignage et que le plaignant savait qu'il serait plus facile d'obtenir une indemnisation dans une poursuite civile s'il y avait déclaration de culpabilité au criminel. Le juge a fait remarquer que ces facteurs « augmentent [...] la nécessité pour le Tribunal d'avoir une corroboration en l'espèce pour en arriver à un verdict de culpabilité. » De toute évidence, il rappelait la nécessité d'examiner soigneusement le témoignage du plaignant. Le juge n'a jamais affirmé qu'il ne pouvait prononcer un verdict de culpabilité sans corroboration.

[11] Le juge a ensuite évalué le témoignage de l'accusé auquel il n'a pas ajouté foi de façon générale. Néanmoins, le juge a reconnu que le critère applicable pour établir la culpabilité n'est pas celui de savoir si l'accusé est crédible mais bien de savoir si la poursuite avait prouvé la culpabilité hors de tout doute raisonnable. En appliquant ce critère, le juge a affirmé que, faute de corroboration, il subsistait un doute raisonnable dans son esprit. Je le répète, il n'a pas affirmé qu'il ne pouvait prononcer un verdict de culpabilité sans corroboration, mais seulement qu'il entretenait un doute raisonnable.

[12] Comme je l'ai mentionné précédemment, la corroboration n'était pas une exigence pour prouver une accusation d'attentat à la pudeur sur une personne de sexe masculin. Autrefois, dans des versions antérieures du *Code criminel*, la corroboration était une exigence à l'égard de certaines autres infractions à caractère sexuel. Toutefois, ce n'est plus le cas. La Cour suprême a fait observer dans *Vetrovec* que la common law « a toujours reconnu que la déposition d'un seul témoin suffit pour emporter une condamnation » (p. 819) et elle a noté qu'il est « dommage [...] que le mot “ corroboration ” soit entré dans le langage juridique » (p. 829), parce que « [l]e droit relatif à la corroboration est inutilement et indûment complexe et formaliste » (p. 830).

Toutefois, il y a des cas où « le bon sens requiert que le juge des faits dispose d'éléments de nature à confirmer un témoignage avant de se fonder sur celui-ci si le témoin, qui joue un rôle clé dans la preuve de culpabilité, peut être sujet à caution parce qu'il est soit un complice, soit la victime ou qu'il ait mauvaise réputation » (p. 831).

[13] *Vetrovec* intéressait les instructions au jury, mais certains de ses principes s'appliquent également aux motifs de décision. Comme la Cour suprême l'a fait remarquer, une variété infinie de circonstances peuvent se présenter dans les affaires criminelles et il y a des cas où le juge des faits doit s'interroger sur la prudence qu'il faut exercer dans l'examen de la déposition d'un témoin et sur les « dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus de précautions » (p. 831).

[14] Cette infinie variété des circonstances peut tout à fait comporter des cas où le juge ne croit pas l'accusé mais a néanmoins des doutes concernant le témoignage du plaignant, des doutes qui, en l'absence d'une confirmation satisfaisante, ne dissiperont pas le doute raisonnable que la poursuite doit faire disparaître avant qu'une déclaration de culpabilité puisse être prononcée. À mon avis, c'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce. Le juge du procès ne croyait pas l'accusé, mais il entretenait des doutes quant à la véracité de l'accusation. Comme le juge l'a souligné : (1) dans certains cas, le plaignant n'était pas en mesure de fournir des précisions; (2) le plaignant croyait que la corroboration était nécessaire pour donner du poids à son propre témoignage mais il a pourtant refusé de nommer les personnes qui, alléguait-il, pouvaient corroborer sa version des faits; (3) le plaignant savait que l'indemnisation dans une poursuite civile envisagée serait facilitée par un verdict de culpabilité dans une poursuite criminelle; (4) le plaignant attribuait la fibromyalgie dont il souffrait à l'incident en question. Selon le juge, ces faits l'ont amené à vouloir en savoir plus avant de conclure à la culpabilité de l'accusé.

[15] À mon humble avis, le juge a simplement dit que, compte tenu des circonstances de l'espèce, il a vu la nécessité d'être prudent dans l'examen du témoignage du plaignant et il a donc cherché des éléments de preuve qui pouvaient l'aider à chasser le doute raisonnable qu'il entretenait. Sans élément de preuve suffisant

pour dissiper ce doute, il n'avait d'autre choix que de prononcer l'acquittement. À mon avis, c'est exactement ce que le juge voulait dire lorsqu'il a fait la deuxième déclaration contestée selon laquelle, faute de « corroboration », il ne pouvait arriver à la conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Même si une formulation plus précise en évitant le mot « corroboration » et ses connotations aurait pu permettre d'éviter toute possibilité d'interprétation erronée, il ne faut surtout pas oublier que la décision a été rendue de vive voix à l'audience. À mon avis, les motifs de décision du juge de procès, considérés dans leur ensemble, ne laissent aucun doute; il a suivi le cadre analytique approprié pour trancher l'affaire et il n'a pas, du point de vue du droit, fait de la corroboration une exigence préalable au verdict de culpabilité. Il entretenait simplement un doute raisonnable et il a fait de son mieux à l'audience pour l'expliquer. Par conséquent, je me joins à mes collègues pour conclure que le premier moyen d'appel est sans fondement.

[16] C'est relativement au second moyen d'appel que, en toute déférence, je ne peux souscrire à la conclusion de mes collègues et, par conséquent, au dispositif de l'appel. L'appel tout entier du procureur général s'articule autour de la question de savoir si la corroboration est ou non une exigence de la déclaration de culpabilité à l'égard d'une accusation fondée sur l'ancien art. 156 du *Code criminel*. Dans le premier moyen d'appel, le procureur général soutient que le juge a commis une erreur de droit en considérant la corroboration comme une exigence. Dans le second moyen d'appel, qui constitue nettement un motif subsidiaire, le procureur général affirme que, si la corroboration est une exigence, le juge a commis une erreur en n'en établissant aucune. Il convient d'énoncer le second moyen d'appel tel qu'il a été formulé par le procureur général dans ses observations écrites :

Que le juge du procès a fait une erreur de droit en omettant d'analyser la preuve qui aurait pu servir de corroboration s'il jugeait cette preuve nécessaire.

[17] En toute déférence, le second moyen d'appel, tel qu'il a été allégué, est dépourvu d'intérêt pratique si nous concluons que le juge n'a pas considéré la

corroboration comme une exigence juridique. Puisqu'il n'y a aucune exigence de corroboration, il n'y a pas lieu de déterminer s'il existait un élément de preuve qui pouvait, du point de vue du droit, corroborer la version des faits du plaignant.

[18] Le procureur général a avancé le second motif à titre subsidiaire pour une raison valable. Si la corroboration avait été requise du point de vue du droit, il aurait pu être avancé que le juge avait commis une erreur de droit s'il avait appliqué le mauvais critère quant à savoir ce qui pouvait constituer une preuve corroborante. Dans le cas contraire, il n'y avait aucun fondement sur lequel le procureur général pouvait s'appuyer pour interjeter appel du verdict parce que, comme je l'expliquerai plus loin, l'appel contre un acquittement se limite à une question de droit seulement. Si la corroboration n'est pas requise du point de vue du droit et si le juge n'a donc pas commis d'erreur dans l'application des principes de droit, le verdict d'acquittement fondé sur un doute raisonnable est le résultat d'une appréciation de la preuve, ce qui ne soulève pas une question de droit seulement.

[19] Mes collègues sont d'avis que le juge du procès a commis une erreur en omettant de reconnaître que, pour que la preuve soit confirmatoire, elle ne doit pas forcément impliquer l'accusé. Avec égards, rien dans les motifs d'acquittement ne porte à croire que le juge du procès a commis pareille erreur. Le juge du procès a passé en revue le témoignage de tous les témoins, y compris celui du frère du plaignant et celui de l'accusé (qui, selon le juge, corroborait certains aspects du témoignage du plaignant) mais, en bout de ligne, un doute raisonnable subsistait encore dans son esprit. La décision du juge du procès est axée, comme il se doit, sur la question de savoir si la poursuite s'est acquittée du fardeau de preuve qui lui incombait.

[20] Il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire comme *R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328, ou *R. c. R.D.*, [2004] O.J. No. 2086 (C.A.) (QL), des décisions sur lesquelles mes collègues s'appuient et dans lesquelles les juges ont prononcé des verdicts de culpabilité après avoir considéré certains éléments de preuve suffisants pour dissiper les doutes qu'ils pouvaient chacun avoir entretenus. Dans ces

affaires, la question qui se posait était celle de savoir si certains éléments de preuve pouvaient confirmer un témoignage afin de soutenir une déclaration de culpabilité. Toutefois, la présente affaire ne vise pas une déclaration de culpabilité, mais plutôt un acquittement et la démarche adoptée en appel est profondément différente.

[21] Le droit du procureur général d'interjeter appel d'un jugement d'acquittement se limite aux moyens d'appel qui comportent « une question de droit seulement » (al. 676(1)a)). Pareille restriction ne s'applique pas à un appel interjeté à l'encontre d'une déclaration de culpabilité dans une procédure intentée par voie de mise en accusation, puisque le *Code criminel* prévoit que cet appel peut être, avec autorisation, fondé sur des motifs comportant une question de fait ou une question de droit et de fait : par. 675(1). L'expression « question de droit seulement » a souvent fait l'objet de débats devant les cours d'appel et à la Cour suprême du Canada. Il est clairement ressorti des décisions que toute question qui exige l'appréciation ou la prise en considération de la preuve n'est pas une question de droit seulement, à moins que l'erreur ne soit fondée sur une interprétation erronée d'un principe de droit. Pour justifier cette déclaration, je ne peux faire mieux que d'emprunter l'analyse du juge Mitchell (devenu plus tard le juge en chef de l'Île-du-Prince-Édouard) dans *R. c. Poirier*, [1997] P.E.I.J. No. 18 (C.A.) (QL), qui intéressait un appel dans lequel le ministère public alléguait que le juge du procès avait commis une erreur en ne concluant pas que la poursuite s'était acquittée du fardeau de la preuve nécessaire à la déclaration de culpabilité. En rejetant l'appel, le juge Mitchell, au nom de la majorité, a expliqué ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le ministère public prétend que le verdict d'acquittement est la conséquence du défaut [du juge du procès] d'apprécier la preuve. S'il en était réellement ainsi, cela ne constituerait quand même pas, en soi, un motif donnant matière à appel. « L'omission [du juge du procès] d'apprécier les éléments de preuve ne saurait constituer une erreur de droit que si elle résulte d'une mauvaise compréhension d'un principe juridique » (*R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286 (C.S.C.), à la p. 294, le juge Sopinka. Le ministère public allègue que le juge du procès a mal compris le principe du doute raisonnable parce qu'il n'a pas

tiré la bonne conclusion de la preuve. Je ne peux souscrire à cet argument. Même si l'on peut ne pas adhérer à la façon du juge de considérer la preuve, il n'y a absolument rien qui indique qu'il n'a pas tenu compte de la doctrine du doute raisonnable. Au contraire, il était visiblement conscient de ce principe et il semble l'avoir compris et l'avoir appliqué exactement comme la Cour suprême du Canada a expliqué que le juge des faits devait l'appliquer. L'intimé a témoigné et nié avoir commis les infractions. Le juge du procès a affirmé : [TRADUCTION] « J'ai écouté avec intérêt le témoignage de M. Poirier et je le crois ». Plus loin dans son jugement, le juge du procès a affirmé ceci : [TRADUCTION] « Je suis conscient du fait que certains éléments de preuve en faveur du ministère public tendent à confirmer la culpabilité mais, compte tenu de l'ensemble de la preuve, je conserve un doute raisonnable relativement à cette preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité ».

La crédibilité était une question centrale dans cette affaire. Dans *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742 (C.S.C.), à la p. 757, le juge Cory, s'exprimant au nom de la Cour, a affirmé que, dans une affaire où la crédibilité est importante, la règle du doute raisonnable s'applique et qu'il y a lieu d'informer les juges des faits que l'accusé doit être acquitté dans deux cas.

Premièrement, s'ils croient l'accusé. Deuxièmement, s'ils n'ajoutent pas foi à la déposition de l'accusé, mais ont un doute raisonnable sur sa culpabilité après avoir examiné la déposition de l'accusé dans le contexte de l'ensemble de la preuve.

Par conséquent, je ne vois pas comment on pourrait dire que le juge Ghiz s'est mal instruit du principe juridique du doute raisonnable. Compte tenu du fait qu'il a ajouté foi au témoignage de l'intimé et compte tenu des réserves qu'il a exprimées par suite du processus d'appréciation de toute la preuve, il n'avait pas d'autre choix, sur le plan judiciaire, que de l'acquitter. Il peut s'être trompé dans son évaluation mais, si tel était le cas, son erreur se rattachait aux faits, et non au droit, et, par conséquent, la Cour n'a pas compétence pour intervenir.

[Par. 13 et 14]

La décision du juge Mitchell qui s'exprimait au nom de la majorité dans *Poirier* a été confirmée par la Cour suprême : [1998] 1 R.C.S. 24.

[22] Dans la présente affaire, le juge n'a pas cru l'accusé mais, après avoir examiné la preuve, notamment le témoignage du frère du plaignant ainsi que certaines parties du témoignage de l'accusé qui corroboraient en partie la version du plaignant, le juge entretenait néanmoins un doute raisonnable. Il comprenait la signification du doute raisonnable et a appliqué le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *W.(D.)*. La question de savoir si le juge, en appréciant ou soupesant la preuve, avait encore un doute raisonnable est, avec égards, une question de fait. Cela est d'autant plus évident compte tenu du fait que, même si le procureur général avait formulé le moyen d'appel de manière à attaquer le caractère raisonnable de la décision du juge, il n'aurait pas non plus satisfait aux exigences de l'al. 676(1)a du *Code criminel*. À ce propos, je cite encore une fois un passage de la décision *Poirier* rédigée par le juge Mitchell :

[TRADUCTION]

Si un juge de procès commet une erreur en concluant qu'il n'a pas été satisfait au fardeau de prouver la culpabilité, il s'agit d'une erreur de fait, et non de droit (*Lampard c. R.*, [1969] 3 C.C.C. 249 (C.S.C.)). La question de savoir si la preuve est suffisante et si la culpabilité d'un accusé devrait en être inférée est une question de fait qui relève de la compétence du juge du procès (*Sunbeam Corp. (Canada) Ltd. c. R.*, [1969] 2 C.C.C. 189 (C.S.C.)). En l'absence d'une conclusion de fait qui doit, en droit, entraîner une déclaration de culpabilité (par ex., un renversement du fardeau de preuve), le défaut du juge du procès d'inférer la culpabilité, même sur la foi d'éléments de preuve convaincants, est une question de fait, peu importe dans quelle mesure la cour d'appel juge cette omission importante (*Lampard*, précité, et *Sunbeam*, précité). Dans l'affaire dont nous sommes saisis, le juge du procès a conclu que la preuve n'était pas suffisante pour le convaincre hors de tout doute raisonnable que l'intimé était coupable. Comme le juge Ritchie dans *Sunbeam*, précité, aux p. 171 et 172 [*sic*], je suis d'avis que, peu importe à quel point nous pouvons penser qu'il avait tort dans l'analyse qui l'a amené à cette conclusion, l'erreur ne peut être déterminée sans passer un jugement sur le caractère

raisonnable du verdict ou la suffisance de la preuve qui sont des questions à l'égard desquelles notre Cour n'a pas compétence au titre de l'al. 676(1)a) du *Code criminel*. Les appels fondés sur le motif que le verdict est déraisonnable et non soutenu par la preuve sont réservés, sous le régime du *Code criminel*, aux personnes qui contestent la déclaration de culpabilité dont elles ont fait l'objet.

Dans *Lampard*, précité, les juges de la Cour suprême du Canada ont affirmé qu'ils n'annuleraient pas un acquittement même si, à leur avis, la culpabilité était [TRADUCTION] « la seule [inférence] raisonnable » et [TRADUCTION] « irrésistible » qui pouvait être faite à partir des faits du dossier. Ils ont adopté cette position parce que, à leur avis, pareille erreur serait une erreur de fait, et non une erreur de droit, et ne pourrait donc donner lieu à un appel. Comme le juge Ritchie le souligne dans *Sunbeam*, précité, à la p. 175 [sic], il est évident, à la lecture du sous-al. 686(1)a) du *Code criminel*, que le Parlement ne voulait pas que la question de savoir si le verdict était déraisonnable ou ne pouvait s'appuyer sur la preuve soit traitée comme une question de droit. Par conséquent, si le pouvoir des cours d'appel doit être élargi de manière à permettre l'annulation des verdicts d'acquiescement qui sont déraisonnables et non soutenus par la preuve, il faudra que le Parlement modifie d'abord le *Code criminel* pour que cela soit possible.

[Par. 8 et 9] [Je souligne.]

[23] En résumé, le deuxième moyen du procureur général a été formulé comme un moyen d'appel subsidiaire dans l'éventualité où nous concluons que la corroboration du témoignage du plaignant était une exigence juridique. Dans cette éventualité, le procureur général voulait faire valoir qu'il y avait corroboration. C'était le seul fondement de ce moyen d'appel. Compte tenu de la conclusion unanime de la Cour selon laquelle le juge ne considérait pas la corroboration comme étant une exigence juridique de la déclaration de culpabilité, il n'y a pas lieu pour nous d'examiner le deuxième moyen d'appel. Toutefois, même si ce moyen d'appel avait été formulé de manière à alléguer une erreur quant au caractère raisonnable du verdict ou de manière à alléguer que le juge du procès avait omis d'apprécier et de soupeser certains éléments de preuve, l'appel ne satisferait toujours pas aux exigences de l'al. 676(1)a), parce qu'il ne

soulèverait pas une question de droit seulement. Bien que ce ne soit pas important en soi, je suis également d'avis que le juge du procès a bel et bien apprécié et soupesé toute la preuve. Dans les motifs de décision qu'il a donnés de vive voix, le juge du procès a analysé minutieusement tous les éléments de preuve, y compris le témoignage qui pouvait confirmer certaines parties du témoignage du plaignant. Il a examiné les faits, il a appliqué le cadre d'analyse de l'arrêt *W.(D.)* et un doute raisonnable subsistait dans son esprit. La Cour n'a tout simplement pas compétence pour modifier cette conclusion.

[24] J'ajouterais également ceci : la deuxième déclaration contestée, sur laquelle le second moyen est fondé, doit être considérée dans le contexte de la décision dans son ensemble. Le juge a conclu que l'accusé était probablement coupable mais, tel qu'il a été expliqué précédemment, il a jugé préoccupants certains aspects du témoignage du plaignant, qui l'ont d'ailleurs amené à vouloir en savoir davantage avant que la déclaration de culpabilité puisse l'emporter sur la présomption d'innocence, selon la norme de preuve applicable aux affaires criminelles. Il ne s'agit pas d'une erreur, mais plutôt d'un exemple classique du système de justice pénale à l'œuvre. Les juges ne condamnent pas les gens en se fondant sur une probabilité et, lorsque certains aspects d'un témoignage sont préoccupants, rien ne s'oppose à ce que le juge examine la preuve minutieusement et décide, s'il y a lieu, que, faute d'en savoir davantage, les doutes qu'il avait n'ont pas été dissipés. Avec égards, c'est de toute évidence ce qui est précisément arrivé en l'espèce.

[25] Pour les motifs exposés précédemment, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Le jugement des juges Bell et Quigg est rendu par

LE JUGE BELL

I. Introduction

[26] Le présent appel est interjeté par le ministère public en vertu de l'alinéa 676(1)a) du *Code criminel*. Le ministère public conteste l'acquittement de l'intimé relativement à une accusation d'attentat à la pudeur sur la personne de Michael Lyo Jensen, attentat qui aurait été commis en décembre 1975. À l'époque, cette infraction était décrite à l'article 156 du *Code* (L.C. 1953-54, ch. 51, art. 148; 1972, ch. 13, art. 70), dont voici le libellé :

Every male person who assaults another person with intent to commit buggery or who indecently assaults another male person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years.

Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans toute personne du sexe masculin qui attaque une autre personne avec l'intention de commettre la sodomie ou qui attente à la pudeur d'une autre personne du sexe masculin.

[27] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

II. La preuve

[28] L'intimé et M. Jensen se sont rencontrés pour la première fois à Charlo durant l'été 1975 lorsque, après s'être baignés, M. Jensen (alors âgé de 13 ans) et un autre adolescent faisaient de l'autostop. À l'époque, l'intimé venait d'arriver dans la région afin d'assurer les fonctions de vicaire de la paroisse St-Jean-Baptiste, à Dalhousie. L'intimé s'est présenté aux deux adolescents comme étant le nouveau vicaire de la paroisse et a offert de les conduire. Selon les dires de M. Jensen, l'intimé s'est montré très gentil et accueillant envers lui et son ami, les invitant même à visiter son nouveau logement.

[29] En plus de s'occuper de la vie religieuse des jeunes de la paroisse, l'intimé était également responsable des programmes sociaux, culturels et communautaires de celle-ci. Afin de remplir ses fonctions, l'intimé avait aménagé un système de son et un téléviseur dans une salle de divertissement adjacente à son appartement, où il accueillait les adolescents et adolescentes qui lui rendaient visite. Puisque l'intimé avait un horaire très chargé les fins de semaine, les jeunes le visitaient plutôt durant la semaine.

[30] Après avoir rencontré l'intimé, M. Jensen a commencé à lui rendre visite au presbytère environ deux ou trois fois par semaine. Il s'y rendait soit seul, soit avec d'autres. D'ailleurs, comme le vicaire devenait de plus en plus gentil et accueillant, le plaignant a commencé à lui rendre visite de façon régulière.

[31] L'attentat à la pudeur se serait produit entre les 25 et 27 décembre 1975, dates auxquelles M. Jensen prétend que l'intimé l'aurait invité à son appartement. Dès l'arrivée de M. Jensen, l'intimé lui a demandé de s'asseoir à ses côtés sur le divan pour regarder la télévision, ce que le jeune garçon a fait. L'intimé a admis la possibilité de ce scénario.

[32] Environ 15 à 20 minutes après son arrivée, il semblerait que l'intimé a demandé à M. Jensen de s'allonger sur lui, la tête sous la sienne et le dos sur son abdomen. Selon ses dires, M. Jensen a acquiescé à la demande sans poser de questions en raison de la confiance et du respect qu'il éprouvait envers l'intimé, une personne qui, selon lui, était chaleureuse et amicale, bref, en qui il pouvait avoir confiance. Alors qu'il était dans les bras de l'intimé, le plaignant l'a entendu respirer de plus en plus fort. Tout d'un coup, sans aucun avertissement, l'intimé, le retenant d'un bras dans une prise qui l'empêchait de se libérer, a utilisé l'autre main pour lui empoigner le pénis et les testicules. Pris de panique, M. Jensen a crié tout en se débattant pour se libérer de cette prise et, après avoir réussi à le faire, il a pris la fuite en traitant l'intimé de « pervers » et de « salaud ». L'intimé a nié tout attentat à la pudeur.

[33] Le soir du prétendu contact sexuel coïncide avec la dernière visite de M. Jensen au presbytère paroissial. Après cette date, il aurait vécu des moments difficiles lorsqu'il devait aller à l'église et plus particulièrement lorsqu'il devait recevoir l'hostie de l'intimé. M. Jensen n'a parlé de cette soirée à personne et, selon son témoignage, deux motifs sous-tendaient son mutisme. D'une part, il avait honte et se sentait coupable de ce qui s'était passé avec le nouveau vicaire. D'autre part, il est resté silencieux pour éviter tout conflit dans sa famille, étant donné que celle-ci était très engagée dans la paroisse St-Jean-Baptiste. Son père était le diacre de la paroisse, sa mère, présidente de la ligue des femmes catholiques et son frère aîné, directeur de la chorale. M. Jensen croyait donc que s'il parlait à quiconque de ce qui s'était passé, il ne pourrait s'ensuivre que des effets négatifs sur sa famille.

[34] De surcroît, M. Jensen a témoigné que, à la suite des événements de la soirée de décembre 1975, il a commencé à consommer de la drogue et de l'alcool de façon excessive. Il s'est replié sur lui-même, son comportement est devenu irrationnel, sa santé s'est détériorée et son rendement scolaire a chuté. Il affirme avoir même souffert de dépression. Ce n'est qu'en 1991 qu'il s'est repris en main et qu'il a cessé de consommer de la drogue et de l'alcool. Au moment du procès, il affirmait n'avoir rien consommé depuis 10 ans. Sur le plan psychologique, M. Jensen signale éprouver des accès récurrents de dépression.

[35] Le frère de M. Jensen, Robert Jensen, a aussi témoigné. Il a expliqué que le plaignant était un « bon garçon » jusqu'à l'âge de 12 ou 13 ans, lorsqu'il a subi un changement soudain de personnalité. Le garçon qui ne faisait que des « A » à l'école est tout-à-coup devenu un adolescent rebelle éprouvant des difficultés d'apprentissage. Par ailleurs, Robert Jensen affirme n'avoir compris la cause de ce revirement soudain de personnalité que lorsque son petit frère lui a admis avoir été victime d'attentat à la pudeur lorsqu'il avait 13 ans aux mains de l'intimé. Robert Jensen a également confirmé que la famille Jensen était très engagée dans l'église. Il a ajouté s'être lui-même rendu à l'appartement de l'intimé à quelques reprises dans sa jeunesse.

[36] La preuve démontre aussi que de nombreuses années après la soirée du prétendu attouchement sexuel, M. Jensen a communiqué avec l'intimé par téléphone. Bien que l'appel ait été confirmé par les deux hommes, la date et le contenu de celui-ci sont contestés. En effet, M. Jensen prétend qu'il a communiqué avec l'intimé en 1993, après avoir vu la série « Les garçons de Saint-Vincent » à la télévision, cette série faisant état des agressions sexuelles perpétrées sur de jeunes garçons par des membres d'un ordre religieux. En revanche, l'intimé a témoigné avoir reçu un appel de M. Jensen peu de temps après avoir déménagé à Montréal. Puisqu'il y a déménagé en 1995, il était d'avis que l'appel avait incontestablement eu lieu en 1996.

[37] Comme je l'ai mentionné précédemment, il y a également des contradictions quant à ce qui s'est dit durant la conversation téléphonique. M. Jensen a témoigné avoir été agressif dans ses propos, sans toutefois être capable d'obtenir des excuses de la part de l'intimé ou d'en apprendre davantage sur la raison même des contacts sexuels. Bien qu'il n'ait jamais été capable de préciser les mots exacts employés par l'intimé, le plaignant a affirmé que l'intimé avait avoué avoir s'être livré à des attouchements sexuels. Il a ajouté qu'avant de raccrocher, l'intimé lui a admis son homosexualité et lui a confié avoir vécu des périodes difficiles à cause de cela. La conversation téléphonique, d'une durée de 10 à 12 minutes, s'est terminée par une affirmation de la part de l'intimé, qui aurait avoué ne pas être « un homme parfait ».

[38] L'intimé a, quant à lui, expliqué que les propos tenus par M. Jensen lors de la conversation téléphonique étaient incohérents et vagues, et qu'il n'avait pas été capable de comprendre la nature des reproches qui lui étaient adressés. Il a ajouté qu'initialement, la conversation était amicale, mais qu'elle a vite tourné en confrontation. L'intimé a admis que M. Jensen lui avait demandé pourquoi il avait agi de la sorte, pourquoi il avait brisé sa confiance et pourquoi il ne s'excusait pas. M. Picot a témoigné que, malgré de nombreuses demandes de précisions de sa part quant au motif qui devait sous-tendre ses excuses, la conversation n'allait nulle part. L'intimé a toutefois confirmé avoir dévoilé son homosexualité à la fin de la conversation et avoir dit qu'il n'était qu'un être humain.

[39] Il convient de noter que M. Jensen a témoigné que c'est seulement après le décès de sa mère, en 2006, qu'il a décidé de porter plainte à la police.

III. Examen de la preuve par le juge du procès

[40] En guise d'introduction à l'analyse de la preuve, le juge du procès s'est exprimé comme suit :

En l'espèce, il incombe au Tribunal de faire l'évaluation de la crédibilité des témoins qui est la partie essentielle du processus décisionnel. Il est bien – bien établi en droit que le Tribunal doit faire très attention avant de prononcer un verdict de culpabilité sur la foi de témoignage non corroboré d'un témoin.

[41] En ce qui concerne le témoignage de M. Jensen, il a déclaré ce qui suit :

Monsieur Jensen après avoir été assermenté a donné sa version des faits, dont j'ai résumé l'essentiel voilà quelques instants. Il – il faut se rappeler que les événements allégués se sont produits presque 35 ans passés. Il avait son souvenir des faits truffé de beaucoup de qualificatifs et d'opinions. Il n'avait jamais entendu parler de jeunes prêtres qui invitaient des garçons. Son insistance sur les garçons seulement à – à visiter monsieur Picot a été contredite avec la présence de jeunes filles. Il en a mis beaucoup sur la façon de monsieur Picot d'attirer les jeunes sur sa façon de les enjôler à venir le revoir, sur la façon de les embrasser. Bien qu'il voulait laisser entendre être seul avec monsieur Picot, il utilisait plus souvent qu'autrement le mot "nous" ou en anglais "we". L'idéalisation de cet agresseur ne manquait pas de couleur non plus. Lorsqu'il est venu le temps de discuter de son appel téléphonique qu'il soit en 1993 ou en 1996, il a expliqué pourquoi il était en 1993, l'histoire "Des Garçons de Saint Vincent" et pourquoi il voulait que ce soit cette émission et rien d'autre qu'il lui ait insisté de communiquer avec monsieur Picot. Ces conclusions tirées de cette conversation soulèvent également des questions.

[...]

Le Tribunal ne peut accepter la version de monsieur Jensen que monsieur Picot ait admis sa culpabilité durant cette conversation. Il ne pouvait donner l'exemple des mots utilisés par monsieur Picot à cet effet sauf qu'il y avait un "acknowledgment".

[...]

Monsieur Jensen savait également qu'il avait besoin de collaboration – corroboration pour donner du poids à son témoignage. Il a d'ailleurs communiqué avec d'autres personnes dont il a refusé de donner l'identité afin d'obtenir cette corroboration.

[...]

Ce sont tous des éléments qui augmentent la déné--... la nécessité pour le – le Tribunal d'avoir une corroboration en l'espèce pour en arriver à un verdict de culpabilité.

[42] Pour ce qui est du témoignage de l'intimé, le juge a affirmé ce qui suit :

Le fait de nier les faits ne constitue pas une défense à l'accusation portée. Quoiqu'il en soit, le Tribunal ne croit pas l'accusé et ses intérêts personnels et les incohérences qui apparaissent dans son témoignage sont tous des éléments qui permet[tent] au Tribunal de ne pas croire en sa version des faits. Il incombe tout de même à la Couronne d'établir hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé, et l'accusé bénéficie toujours de la présomption d'innocence jusqu'à preuve hors de tout doute raisonnable. Faute de corroboration dans le témoignage du plaignant, le Tribunal ne peut arriver à cette conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

IV. Questions en litige

[43] L'appelant soulève les moyens d'appel suivants, que je cite de son mémoire :

- a) Que le juge du procès a fait une erreur de droit en indiquant que le Tribunal avait besoin de corroboration faute de quoi il ne pouvait trouver l'intimé coupable.

- b) Que le juge du procès a fait une erreur de droit en omettant d'analyser la preuve qui aurait pu servir de corroboration s'il jugeait cette preuve nécessaire.

V. Analyse

A. *Le droit du ministère public d'interjeter appel d'un verdict d'acquiescement*

[44] Aux termes de l'alinéa 676(1)a), afin de pouvoir interjeter appel d'un verdict d'acquiescement, le ministère public doit soulever un motif d'appel qui comporte une question de droit seulement. La disposition pertinente est rédigée comme suit :

Right of Attorney General to appeal

676.(1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal or a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone[.]

Le procureur général peut interjeter appel

676. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel :

a) contre un jugement ou verdict d'acquiescement ou un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prononcé par un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement[.]

[45] Notre Cour doit premièrement déterminer si le juge du procès a conclu à tort que la corroboration était une condition préalable au verdict de culpabilité. Cette question soulève une question de droit. Si le juge n'a pas commis d'erreur de droit dans son application des règles sous-jacentes au principe de la corroboration, il faut ensuite déterminer s'il a omis de prendre en considération des éléments de preuve confirmative ou corroborante pertinents, ce qui, à mon sens, constitue une autre question de droit.

[46] Dans l'arrêt *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, la Cour suprême a expliqué le fardeau dont le ministère public doit se décharger lorsqu'il interjette appel d'un verdict d'acquiescement :

Pour obtenir un nouveau procès, le ministère public doit convaincre la cour d'appel qu'il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, que l'erreur (ou les erreurs) du premier juge ont eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement. Le procureur général n'est toutefois pas tenu de nous persuader que le verdict aurait nécessairement été différent.
[par. 14]

[47] La charge de la preuve est lourde : *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, [1988] A.C.S. n° 80 (QL), p. 374. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'appelante s'est déchargée de ce fardeau pour le second moyen d'appel.

B. *La corroboration comme condition préalable au verdict de culpabilité*

1) Évolution de la non-exigibilité de la corroboration

[48] Dans la plupart des affaires d'infractions de nature sexuelle, la détermination de la culpabilité est une tâche particulièrement ardue puisque l'acte prohibé se passe généralement dans un endroit isolé et privé. Dans un tel contexte, la common law reconnaît qu'il n'est pas indispensable qu'un témoignage soit corroboré pour que le juge des faits parvienne à un verdict de culpabilité. Toutefois, on ne saurait perdre de vue les principes fondamentaux que constituent la présomption d'innocence et la preuve hors de tout doute raisonnable.

[49] En l'espèce, bien qu'il ait déclaré ne pas donner foi au témoignage de l'intimé, le juge du procès n'était pas convaincu de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. L'appelante soutient que le juge du procès a commis une erreur de droit en exigeant la corroboration du témoignage du plaignant comme condition préalable au prononcé d'un verdict de culpabilité. Avec égards, je ne suis pas convaincu, à la lecture

de la décision dans son ensemble, que le juge du procès ait appliqué une telle condition préalable.

[50] Le droit reconnaît deux règles fondamentales relatives à la corroboration. La première reconnaît que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de mettre le jury en garde contre le danger de déclarer un accusé coupable en se fondant sur le témoignage non corroboré d'un témoin douteux. Suivant la deuxième règle, dans le cas de certaines infractions criminelles, il faut acquitter l'accusé en l'absence de corroboration. Ces infractions au *Code* sont les suivantes : trahison (par. 47(3)), haute trahison (par. 47(3)), parjure (art. 133), et mariage feint (par. 292(2)).

[51] L'appelante cite l'article 274 du *Code* à l'appui de son argument voulant que le juge du procès ait commis une erreur en exigeant la corroboration comme condition préalable au prononcé d'un verdict de culpabilité. Voici le texte de la disposition pertinente :

Corroboration not required

274. If an accused is charged with an offence under section 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 212, 271, 272 or 273, no corroboration is required for a conviction and the judge shall not instruct the jury that it is unsafe to find the accused guilty in the absence of corroboration.

R.S., 1985, c. C-46, s. 274; R.S., 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 11; 2002, c. 13, s. 12.

Non-exigibilité de la corroboration

274. La corroboration n'est pas nécessaire pour déclarer coupable une personne accusée d'une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 212, 271, 272 ou 273. Le juge ne peut dès lors informer le jury qu'il n'est pas prudent de déclarer l'accusé coupable en l'absence de corroboration.

L.R. (1985), ch. C-46, art. 274; L.R. (1985), ch. 19 (3^e suppl.), art. 11; 2002, ch. 13, art. 12.

[52] Pour dire les choses simplement, l'appelante soutient que l'ancien article 156 du *Code* tombe sous le coup de l'article 274 même s'il n'y est pas énuméré. Il s'ensuit, prétend-elle, que le juge du procès s'est mal enquis du droit en exigeant la corroboration. Avec égards, je ne peux souscrire à la thèse voulant que le législateur ait eu l'intention d'inclure l'article 156 dans la liste des infractions énumérées à l'article 274.

Si tel avait été son intention, il aurait pu le faire à maintes reprises. Pour le constater, il suffit de lire les modifications apportées aux ancêtres de l'article 274 ainsi que les arrêts qui touchent la question de la corroboration.

[53] Je commence mon analyse en remontant au texte de l'ancien paragraphe 139(1) du *Code* (L.C. 1953-54, ch. 51, art. 131 abrogé L.C. 1980-81-82, ch. 125, art. 5) qui exigeait la corroboration dans le cas des infractions y énumérés :

139(1) No accused shall be convicted of an offence under section 148, 150, 151, 153, 154, or 166 upon the evidence of only one witness unless the evidence of the witness is corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused.

S.C. 1953-54, c. 51, s. 131 repealed S.C. 1980-81-82, c. 125, s. 5

139(1) Aucun prévenu ne doit être déclaré coupable d'une infraction visée par l'article 148, 150, 151, 152, 153, 154 ou 166 sur la déposition d'un seul témoin, sauf si cette déposition est corroborée sous un rapport essentiel par une preuve qui implique l'accusé.

L.C. 1953-54, ch. 51, art. 131 abrogé L.C. 1980-81-82, ch. 125, art. 5

À la lumière de cette énumération, il me semble évident que l'article 156 a été délibérément omis de cette disposition. Examinons maintenant les dispositions qui ont suivi.

[54] L'ancien article 142 (L.C. 1953-54, ch. 51, art. 134, abrogé L.C. 1980-81-82, ch. 125, art. 6) a mis au jour une obligation pour le juge d'informer le jury du danger de déclarer une personne coupable d'une des infractions énumérées sur la foi du témoignage non corroboré de la victime de sexe féminin. Voici le texte de l'article 142 :

Notwithstanding anything in this Act or any other Act of the Parliament of Canada, where an accused is charged with an offence under section 144, 145, subsection 146(1) or (2) or subsection 149(1), the judge shall, if the only evidence that implicates the accused is the evidence, given under oath, of the female person in respect of whom the offence is alleged to have been committed and that

Nonobstant toute disposition de la présente loi ou de quelque autre loi du Parlement du Canada, lorsqu'un prévenu est inculpé d'une infraction visée par l'article 144, l'article 145, le paragraphe 146(1) ou (2) ou le paragraphe 149(1), le juge, si la seule preuve qui implique le prévenu est le témoignage, rendu sous serment, de la personne du sexe féminin à l'égard de qui il est allégué que l'infraction a été commise et si ce

evidence is not corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused, instruct the jury that it is not safe to find the accused guilty in the absence of such corroboration, but that they are entitled to find the accused guilty if they are satisfied beyond a reasonable doubt that her evidence is true.

[Emphasis added]

témoignage n'est pas corroboré sur un détail important par une preuve qui implique le prévenu, doit informer le jury qu'il n'est pas prudent de déclarer le prévenu coupable en l'absence d'une telle corroboration, mais que le jury a le droit de déclarer le prévenu coupable s'il est convaincu, au-delà d'un doute raisonnable, que le témoignage de cette personne est véridique.

[Je souligne.]

[55] Encore une fois, l'article 156 ne figure pas parmi les dispositions qui exigent une directive au jury au sujet de la corroboration. Il convient d'ailleurs de mentionner que celles qui y figurent (les articles 144 et 145 ainsi que les paragraphes 146(1), 146(2) et 149(1)) ne s'appliquent qu'aux cas qui visent des victimes de sexe féminin. Jusqu'ici, rien n'indique que le législateur avait l'intention d'inclure l'article 156 dans les dispositions législatives exigeant la corroboration. Les règles de common law continueraient sans doute de s'appliquer aux infractions visant les victimes de sexe masculin. Continuons notre analyse de l'évolution du droit d'origine législative.

[56] En 1982, trois ans avant l'abrogation de l'article 156, le *Code* a été modifié de nouveau. L'article 246.4 (1980-81-82, ch. 125, art. 19) ainsi que son pendant actuel, l'article 274 (L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 274; L.R.C. 1985, ch. 19 (3^e suppl.), art. 11; 2002, ch. 13, art. 12), ne font nullement mention de l'article 156. Ces dispositions ont été promulguées comme suit :

246.4 Where an accused is charged with an offence under section 150 (incest), 157 (gross indecency), 246.1 (sexual assault), 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm) or 246.3 (aggravated sexual assault), no corroboration is required for a conviction and the judge shall not instruct the jury that it is unsafe to find the accused guilty in the absence of corroboration.

1980-81-82, c. 125, s. 19.

246.4 La corroboration n'est pas nécessaire pour déclarer coupable une personne accusée d'une infraction prévue aux articles 150 (inceste), 157 (grosière indécence), 246.1 (agression sexuelle), 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles) ou 246.3 (agression sexuelle grave). Le juge ne doit pas informer le jury qu'il n'est pas prudent de déclarer l'accusé coupable en l'absence de corroboration.

1980-81-82, ch. 125, art. 19.

274. If an accused is charged with an offence under section 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 212, 271, 272 or 273, no corroboration is required for a conviction and the judge shall not instruct the jury that it is unsafe to find the accused guilty in the absence of corroboration.

R.S., 1985, c. C-46, s. 274; R.S., 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 11; 2002, c. 13, s. 12.

274. La corroboration n'est pas nécessaire pour déclarer coupable une personne accusée d'une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 212, 271, 272 ou 273. Le juge ne peut dès lors informer le jury qu'il n'est pas prudent de déclarer l'accusé coupable en l'absence de corroboration.

L.R. (1985), ch. C-46, art. 274; L.R. (1985), ch. 19 (3^e suppl.), art. 11; 2002, ch. 13, art. 12.

Une fois encore, le Parlement a démontré qu'il n'avait pas l'intention d'inclure l'article 156 dans l'évolution législative de la règle relative à la corroboration.

[57] Les règles de la common law relatives à la preuve corroborante ou confirmative ont évolué au rythme des développements dans la codification du droit criminel. L'arrêt *Regina c. Camp*, [1977] O.J. No. 2366 (C.A.) (QL), suivi dans *R. c. Daigle* (1977), 18 R.N.-B. (2^e) 658, [1977] A.N.-B. n° 188 (C.A.) (QL), a constitué une étape importante dans l'évolution de la notion de corroboration. Dans *Daigle*, le juge d'appel Ryan cite le juge d'appel Dubin, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Camp* :

[TRADUCTION]

[L]a règle de droit relative au danger de prononcer une déclaration de culpabilité sur la foi du témoignage non corroboré de la partie plaignante dans le cas des infractions qui étaient énumérées dans l'ancien art. 142 n'existe plus et il ne convient plus de donner une directive au jury de la manière prescrite par la disposition. Par ailleurs, l'abrogation n'a pas pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire du juge du procès ni de le décharger, dans les cas appropriés, lorsqu'il formule des observations sur l'importance à accorder à la preuve de la partie plaignante, du devoir de mettre en garde, en des termes simples, les membres du jury contre le risque de s'appuyer exclusivement sur la preuve d'un seul témoin et de leur expliquer les raisons de la nécessité de cette mise en garde. Dans cette mise en garde, le juge du procès ne devrait pas employer le terme « corroboration », mais il lui est loisible

d'attirer l'attention du jury sur une preuve qui, à son avis, soutient la véracité du témoignage d'une partie plaignante, même si cette preuve ne satisfait pas au critère énoncé dans *R. c. Baskerville*, précité, [1916] 2 K.B. 658.

[58] L'évolution législative et jurisprudentielle de la règle touchant la corroboration pour confirmer le témoignage des victimes de sexe féminin a été examinée dans l'affaire *R. c. Stymiest*, [1993] B.C.J. No. 181 (C.A.) (QL). Dans cette affaire de grossière indécence, le juge Legg cite *R. c. V.K.* (C.A.C.-B.), [1991] B.C.J. No. 3913 (C.A.) (QL), afin de faire l'historique de la règle relative à la mise en garde :

[TRADUCTION]

Le juge d'appel Wood, auteur des motifs de la Cour, a retracé l'évolution historique de cet aspect du droit. Il a fait remarquer que, avant le 1^{er} avril 1955, dans le cas de certaines infractions de nature sexuelle, la common law exigeait que le juge du procès mette le jury en garde contre le danger de prononcer un verdict de culpabilité fondé sur la preuve non corroborée de la partie plaignante. Il a souligné que cette exigence a été décrite comme une règle de pratique (*R. c. Thomas*, précité).

Lorsque l'art. 134, qui est devenu plus tard l'art. 142, S.R.C. 1970, ch. C-34, du nouveau *Code criminel* est entré en vigueur, l'exigence de cette mise en garde est devenue une règle de droit dans le cas de certaines infractions de nature sexuelle, y compris le viol et l'attentat à la pudeur d'une personne de sexe féminin. Il a parlé de l'abrogation de l'art. 142, il a fait référence à la décision de notre Cour dans *Firkins*, il a cité de longs extraits des motifs du juge d'appel Dubin dans *Camp* et il a conclu que la mise en garde ou les directives concernant la corroboration relevait du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. [Par. 118]

[...]

Enfin, l'adoption de l'art. 274 du *Code criminel* a aboli l'exigence relative à la corroboration à l'égard de toutes les infractions de nature sexuelle.

Le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire de donner des directives sur l'importance à accorder au témoignage non étayé d'un plaignant. Il n'y a pas de

formule particulière à suivre et il n'y a rien de magique dans le mot « corroboration ». [Par. 122 et 123]
[Je souligne.]

[59] Étant donné ce qui précède, je conclus que l'article 274 ne s'applique pas aux accusations portées sous le régime de l'ancien article 156 visant l'attentat à la pudeur. J'ajouterais qu'à mon avis, le législateur avait deux objectifs au moment d'adopter l'article 246.4 et plus tard l'article 274 : 1) abroger la codification des dispositions des années 1950 et 1970 qui ciblaient les victimes d'agression sexuelle de sexe féminin; ~~et~~ 2) faire en sorte qu'à l'avenir les mêmes règles s'appliquent à toutes les victimes d'agression sexuelle, qu'elles soient de sexe masculin ou féminin.

[60] La jurisprudence moderne relative aux victimes d'agression sexuelle de sexe masculin a pour point d'origine les arrêts *R. c. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658 (QL), et *Regina c. Cullen*, [1975] B.C.J. No. 1068 (C.A.) (QL). Dans l'affaire *Baskerville*, le jury avait déclaré l'appelant coupable d'avoir commis un attentat à la pudeur sur les personnes de deux jeunes garçons. Puisque, selon le droit de l'époque, les victimes de sexe masculin étaient considérées comme des complices, l'analyse menée par la Cour a porté sur la corroboration de témoignages de complices et non de victimes. La Cour a fait les trois observations suivantes au sujet de la règle : 1) il y a une règle de pratique voulant que le juge doive avertir le jury du danger de déclarer un prévenu coupable sur la foi du témoignage non corroboré d'un complice; 2) le juge a le pouvoir discrétionnaire d'informer le jury de ne pas prononcer un verdict de culpabilité sur le fondement de cette preuve; 3) lorsque le juge ne se prononce pas en faveur d'un acquittement, il devrait indiquer au jury [RADUCTION] « qu'il a le droit de déclarer un prévenu coupable sur la foi d'une preuve non confirmée ». [p. 663]

[61] Dans *Cullen*, un jury avait déclaré l'accusé coupable d'avoir commis le crime de grossière indécence sur la personne d'un jeune homme de 16 ans. Dans cette affaire, le juge qui présidait l'audience avait donné les bonnes directives au jury sur le risque de fonder un verdict de culpabilité sur le témoignage non corroboré d'un complice. Cependant, s'agissant de la nature sexuelle de la plainte, le juge du procès avait dit aux

membres du jury que s'ils parvenaient à la conclusion que le plaignant n'avait pas consenti à l'acte, il ne s'en était donc pas rendu complice. Voici sa directive à ce sujet :

[TRADUCTION]

[L]es nombreuses années d'expérience douloureuse nous ont enseigné que les plaintes d'inconduite sexuelle sont malheureusement souvent fausses et non fondées et, bien entendu, elles sont très difficiles à défendre pour une personne accusée. Je sais que vous tiendrez compte de cela au moment d'apprécier la preuve. [Par. 5]

[62] La Cour a conclu que cette directive était insuffisante. Même si l'article 156 n'est pas énuméré à l'article 142 du *Code*, le juge du procès doit quand même faire la mise en garde dans d'autres affaires d'agression sexuelle, comme par exemple celles qui visent des personnes de sexe masculin. Dans *Cullen*, le juge en chef Farris avait d'ailleurs noté ce qui suit :

[TRADUCTION]

[L']exigence de corroboration en pareils cas a été reconnue pendant longtemps et je ne saurais souscrire à l'argument selon lequel le droit a été codifié et exclut la nécessité d'une mise en garde dans un cas [de grossière indécence]. [Par. 8]

[63] Le critère énoncé dans *Baskerville* et *Cullen* a toutefois été jeté aux oubliettes dans *Vetrovec c. R.*, [1982] 1 R.C.S. 811. Même si cet arrêt cible plus spécifiquement la notion de corroboration dans le contexte du témoignage de complices, la Cour suprême emploie une nouvelle démarche pour ce qui est de l'application générale de la règle de la corroboration qui n'est pas limitée par la nature de l'infraction. Il est évident, à la lecture des passages suivants, que l'intention de la Cour est d'abandonner une fois pour toutes les anciennes règles en faveur d'une règle discrétionnaire axée sur la crédibilité du témoin plutôt que sur la nature du crime :

Plutôt que de tenter de classer un témoin dans une catégorie et de réciter ensuite des incantations rituelles, le juge du procès ferait mieux de s'attacher aux faits de la cause et d'examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte

à la crédibilité d'un témoin en particulier. Si, d'après lui, la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde, il peut alors donner des directives à cet effet. Si, d'autre part, il estime que le témoin est digne de foi, que ce dernier soit formellement un « complice » ou non, aucune mise en garde n'est nécessaire. [Par. 24]

[...]

Cette Cour a déjà indiqué qu'elle était prête à s'écarter de ses propres décisions antérieures et de celles du Conseil privé et de la Chambre des lords. [...] Le présent pourvoi constitue une occasion appropriée d'exercer ce pouvoir discrétionnaire. Le droit relatif à la corroboration est inutilement et indûment complexe et formaliste. [Par. 40]

[Je souligne]

[...]

J'aimerais ajouter seulement une ou deux observations au sujet de la pratique à suivre au procès lorsque le bon sens requiert que le juge des faits dispose d'éléments de nature à confirmer un témoignage avant de se fonder sur celui-ci si le témoin, qui joue un rôle clé dans la preuve de culpabilité, peut être sujet à caution parce qu'il est soit un complice, soit la victime ou qu'il ait mauvaise réputation. Il y a de grands avantages à simplifier les directives au jury sur les circonstances où un juré prudent doit exiger une certaine confirmation de la version du témoin avant de conclure que cette version est véridique et de s'y fier pour déclarer l'accusé coupable de l'accusation portée. Il n'en découle cependant pas toujours que le juge qui préside le procès puisse, en toutes circonstances, laisser le jury complètement à lui-même, quant à la preuve, sans l'aider à déterminer si un juge des faits prudent peut trouver confirmation quelque part dans l'ensemble des preuves apportées par la déposition d'un témoin. À cause de l'infinie variété des circonstances qui se présentent dans les procès criminels, il n'est pas raisonnable de chercher à réduire en une règle, en une formule ou en une directive la notion de prudence qu'il faut exercer dans l'examen de la déposition d'un témoin. Ce qui peut être indiqué, cependant, dans certains cas, c'est une mise en garde claire et précise pour attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus de précautions. Ni le mot corroboration ni

aucun autre terme semblable, tels les mots confirmation ou appui, n'est magique. [Par. 44]

[64] Bref, le pouvoir discrétionnaire de faire une mise en garde n'est conféré au juge du procès que lorsqu'il est établi que le témoin en cause est douteux. Ce pouvoir discrétionnaire a fait l'objet d'un examen dans la décision *R. c. Vautour* (1987), 78 R.N.-B. (2^e) 84, [1987] A.N.-B. n^o 164 (C.A.) (QL). L'appelant avait prétendu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en omettant de prévenir le jury du danger de prononcer une déclaration de culpabilité sur la foi du témoignage non corroboré d'un complice. Cependant, la Cour, sous la plume du juge en chef Stratton (tel était son titre), a rejeté ce moyen d'appel. Le juge du procès avait correctement et suffisamment averti le jury de ce danger. Voici les motifs de la Cour :

Par suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Vetrovec*, [1982] 1 R.C.S. 811 [...], il n'est plus toujours nécessaire de mettre obligatoirement le jury en garde contre le danger de déclarer un accusé coupable sur la foi d'un témoignage non corroboré. Aujourd'hui, le devoir du juge est de mettre le jury en garde contre le risque d'une déclaration de culpabilité sur la foi du témoignage d'un témoin qui, selon le juge, manque de crédibilité. [Par. 4]

[Je souligne.]

[65] Si une mise en garde doit être faite, elle doit être fondée sur les conclusions du juge du procès relativement à la crédibilité du ou de la témoin, et non sur sa condition de victime ou sur la nature de l'infraction. Cette démarche a été examinée dans l'affaire *Edmondson c. R.*, 2005 SKCA 51, [2005] S.J. No. 256 (QL), demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, [2005] C.S.C.R. n^o 273 (QL), où l'accusé avait été déclaré coupable d'agression sexuelle sur une jeune fille de 12 ans. L'appelant a prétendu que le juge du procès avait omis de mettre le jury en garde contre le danger de rendre un verdict de culpabilité sur la foi du témoignage non corroboré de la jeune plaignante. Le juge Cameron écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

L'avocat du procureur général a raison lorsqu'il affirme que la corroboration n'est pas nécessaire pour rendre un verdict de culpabilité à l'égard d'une accusation d'agression sexuelle sous le régime du *Code criminel*. En fait, le juge du procès ne doit pas donner une directive au jury portant qu'il est imprudent de déclarer l'accusé coupable de cette accusation en l'absence de corroboration. C'est ce qui ressort clairement de l'art. 274. Même dans le cas où le témoin est un enfant, le juge n'a aucune obligation de mettre le jury en garde contre le danger de déclarer un accusé coupable en se fondant sur le témoignage d'un enfant. L'article 659 du *Code* a aboli cette exigence.

Cela dit, il est loisible au juge du procès dans un cas approprié de prévenir le jury des problèmes potentiels que pose la déposition d'un témoin, indépendamment du fait que le témoin est un adulte ou un enfant. Cette question relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et il n'y a aucune formule définie à suivre si le juge du procès choisit de le faire : R. c. Marquard, [1993] 4 R.C.S. 223, citant Vetrovec c. La Reine, [1982] 1 R.C.S. 811, et R. c. K. (V.) (1991), 4 C.R. (4th) 338 (C.A.C.-B.). [Par. 49 et 50] [Je souligne.]

[66] Dans l'arrêt *Khela c. R.*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, la Cour a conclu que l'opinion personnelle du juge du procès sur la question de savoir si le témoin est « douteux » ou non crédible ne doit pas servir de fondement. À ce propos, le juge Fish écrit ce qui suit :

Bien qu'il soit arrivé à une conclusion différente, le juge Binnie a convenu dans *Brooks*, par. 130, que ce qui importe pour déterminer si une mise en garde claire et précise s'impose, c'est non pas de savoir si le juge du procès estime personnellement que le témoin est digne de foi, mais plutôt de savoir s'il existe des facteurs qui, d'après ce que l'expérience enseigne, exigent « d'aborder avec circonspection le récit du témoin ». [Par. 36]

2) Déférence

[67] Toutefois, lorsque le juge du procès établit qu'une mise en garde est nécessaire, les tribunaux d'appel doivent faire preuve de retenue envers cette décision. Dans *R.S.L. c. R.*, 2006 NBCA 64, 300 R.N.-B. (2^e) 24, notre Cour a eu l'occasion de se prononcer sur le degré de retenue dont doivent faire preuve les cours d'appel relativement aux mises en garde faites par les juges du procès. Dans cette affaire, l'appelant avait interjeté appel d'un verdict de culpabilité prononcé par un jury pour une infraction d'agression sexuelle. Il a prétendu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en mettant le jury en garde contre le témoignage non corroboré d'un témoin à charge qui avait été accusé du même crime à l'égard de la même plaignante. Le juge du procès avait déterminé que ce témoin n'était pas fiable, et avait utilisé son pouvoir discrétionnaire pour mettre le jury en garde.

[68] Bien que notre Cour ait été d'avis que la mise en garde n'aurait pas dû être faite, elle a néanmoins rejeté ce moyen d'appel en invoquant la retenue dont doivent faire preuve les tribunaux d'appel. Au paragraphe 56, le juge d'appel Richard écrit ce qui suit :

M.P. n'était certainement pas un témoin ordinaire. Il a d'abord reconnu comme vraie la déclaration qu'il avait faite à la police et qui contenait des affirmations factuelles favorisant le ministère public. Plus tard, il a prétendu ne pas se souvenir de ces détails, après quoi il a désavoué ces éléments de sa déclaration et a témoigné en faveur de la défense. À tout prendre, abstraction faite des questions de crédibilité, son témoignage a été beaucoup plus favorable à la défense qu'au ministère public, et, compte tenu de ce facteur, je n'aurais pas donné au jury une mise en garde de type *Vetrovec*. Toutefois, les tribunaux d'appel doivent donner aux juges de procès une grande latitude dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de donner une mise en garde de type *Vetrovec* : voir *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, *R. c. Joyce (K.R.)* (1998), 203 R.N.-B. (2^e) 1 (C.A.), et *R. c. Eatman (P.L.)* (1999), 222 R.N.-B. (2^e) 120 (C.A.). Étant donné la grande retenue qu'on attend des tribunaux d'appel, je ne suis pas prêt à statuer que le juge du procès a commis une erreur de droit dans ses directives au jury sur le témoignage de M.P. La mise en garde du juge en l'espèce a souligné à maintes reprises que le témoignage de M.P. n'était peut-être pas assez fiable pour justifier une

déclaration de culpabilité, mais pouvait peut-être quand même susciter un doute raisonnable. [Par. 56] [Je souligne.]

[69] Somme toute, les tribunaux d'appel doivent faire preuve de retenue envers les conclusions des juges de procès concernant la crédibilité et la nécessité éventuelle de mettre le jury en garde contre les témoignages non corroborés.

3) Application du droit au premier moyen d'appel

[70] En l'espèce, l'appelante fonde toute son argumentation relative au premier moyen d'appel sur deux passages du jugement oral du juge du procès :

Il est ben – bien établi en droit que le Tribunal doit faire très attention avant de prononcer un verdict de culpabilité sur la foi de témoignage non corroboré d'un témoin.

[Je souligne.]

[...]

Faute de corroboration dans le témoignage du plaignant, le Tribunal ne peut arriver à cette conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable.

[71] À première vue, on pourrait croire que le juge du procès s'est fondé sur des considérations erronées lorsqu'il a soulevé la question de la corroboration avant de tirer des conclusions défavorables relativement à la crédibilité de M. Jensen. Ainsi que l'affirme clairement la Cour suprême dans l'arrêt *Vetrovec*, une déclaration de culpabilité peut être prononcée sur la foi du témoignage non corroboré d'un seul témoin.

[72] Il est bien établi en droit qu'il ne faut pas lire isolément les diverses parties des motifs d'un jugement. En l'espèce, l'appelante presse notre Cour d'examiner deux passages qui, pris isolément, semblent poser problème. Toutefois, le jugement dans son ensemble contient une analyse détaillée du témoignage du plaignant qui suscite des doutes quant à la crédibilité de celui-ci. Premièrement, le juge fait remarquer que le plaignant a affirmé avec insistance que l'intimé n'invitait que des jeunes garçons à lui rendre

visite. Le juge du procès a préféré la version de l'intimé selon laquelle celui-ci invitait souvent des filles et des garçons. Deuxièmement, le juge a observé que M. Jensen voulait donner l'impression que, la plupart du temps, il était seul lors des visites à l'accusé. Le juge a conclu qu'il était rarement seul avec l'accusé. Enfin, le juge a rejeté le témoignage de M. Jensen selon lequel l'intimé a admis sa culpabilité au cours de leur conversation téléphonique. Ce n'est qu'après avoir soulevé ces incohérences, contenues dans le témoignage de M. Jensen, que le juge du procès a conclu que malgré le fait qu'il ne croyait pas l'accusé, il avait un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité. Bien que le juge n'ait jamais explicitement qualifié M. Jensen de témoin douteux, c'est ce qu'il sous-entendait. Comme l'exige *Vetrovec*, il a tiré des conclusions défavorables sur la crédibilité avant de se donner lui-même des directives sur les dangers de prononcer une déclaration de culpabilité sans corroboration ou éléments de preuve confirmatifs. Bien que, dans les paragraphes qui suivent, j'exprime comme opinion que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a évalué ce qui constitue une corroboration ou un élément de preuve confirmatif, j'estime que le premier moyen d'appel est sans fondement.

C. *Deuxième moyen d'appel : la preuve confirmative*

[73] En second lieu, l'appelante prétend que le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de tenir compte d'éléments de preuve corroboratifs ou confirmatifs pertinents. Dans l'affaire *Vetrovec*, le juge Dickson, s'exprimant au nom de la Cour, a expliqué qu'un lien direct entre les éléments de preuve confirmatifs et l'acte interdit n'est pas nécessaire pour appuyer la conviction du juge qu'un témoin dit la vérité. Voici ses observations sur le sujet :

On exige la corroboration parce qu'on croit que le témoin a de bons motifs de mentir. On cherche donc d'autres éléments de preuve qui tendent à nous convaincre qu'il dit la vérité. Des éléments de preuve qui impliquent l'accusé servent effectivement à atteindre ce but, mais on ne peut pas dire que ce soit le seul genre de preuve qui puisse accorder du crédit au complice. Il en est ainsi parce que, comme le dit Wigmore, la crédibilité est une chose globale, non divisible :

[TRADUCTION] ... ce qui rétablit notre confiance en lui personnellement la rétablit complètement; si nous concluons qu'il veut dire la vérité, nous allons ajouter foi à l'ensemble de sa version des événements; chaque fois que par quelque moyen, notre confiance est rétablie, notre fin est atteinte et il importe peu que ce qui produit ce résultat ait un lien avec l'identité de l'accusé ou tout autre sujet. L'important, ce n'est pas comment notre confiance est rétablie mais qu'elle le soit [Vol. VII, par. 2059, à la p. 424]. [Par. 31] [Je souligne.]

[74] La présentation d'éléments de preuve confirmatifs n'a donc qu'une seule et unique fin : restaurer la confiance du juge ou du jury dans un témoin. En outre, comme nous le rappelle la Cour dans l'affaire *Kehler c. R.*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328 : « [P]our être confirmative, la preuve indépendante n'a pas à impliquer l'accusé » (par. 16) (souligné dans l'original). Voir aussi *R. c. R.D.*, [2004] O.J. No. 2086 (C.A.) (QL) par. 10, 11. Quoique la preuve confirmative doive être indépendante par rapport au témoin et substantielle, substantielle au sens de « important[e] et pertinent[e] » (*Khela*, par. 52 et 53), l'absence d'un lien entre la preuve confirmative et l'implication de l'accusé dans les éléments essentiels de l'infraction n'importe pas.

[75] Dans son évaluation de la preuve, le juge du procès a conclu que « faute de corroboration », il ne pouvait pas arriver à un verdict de culpabilité. Toutefois, les motifs du juge sont remplis d'exemples de corroboration. Bien que ces exemples n'aient pas de rapport direct avec un élément essentiel de l'infraction, ils n'en sont pas moins confirmatifs ou corroboratifs. Envisageons les considérations suivantes. Robert Jensen a témoigné que sa famille prenait une part très active aux affaires de l'église, ce qui a confirmé le témoignage de M. Jensen à ce sujet. Cet élément de preuve est pertinent parce que, selon M. Jensen, c'était l'une des raisons qui l'avaient amené à céder à la honte et à ne pas parler des prétendus attouchements sexuels. Robert Jensen a aussi témoigné que M. Jensen avait été un « bon garçon » jusqu'à l'âge de 12 ou 13 ans. Tout à coup, et sans raison évidente, il s'est mis à consommer des drogues et de l'alcool et a commencé à

éprouver des difficultés à l'école. Cet élément du témoignage de Robert Jensen confirme également le témoignage de M. Jensen.

[76] D'autres preuves confirmatives de la version de M. Jensen peuvent être relevées dans ses rapports avec l'intimé. Par exemple, le fait qu'il y a eu une conversation téléphonique entre l'intimé et M. Jensen peut être considéré comme un élément corroboratif, tout comme l'aveu par l'intimé, lors de cette conversation, du fait qu'il n'était pas un homme parfait. Enfin, l'extrait suivant traduit la reconnaissance par le juge du procès qu'une partie du témoignage de M. Jensen était, dans une certaine mesure, corroboré :

[Quoiqu'il] ait pu corroborer en partie le témoignage de monsieur Jensen, sa défense d'alibi est peu crédible et ce qui l'entoure encore moins. [Je souligne.]

[77] La conclusion du juge du procès selon laquelle le témoignage de M. Jensen était non corroboré ne cadre tout simplement pas avec la preuve et avec ses propres conclusions. Puisque tel est le cas, je suis d'avis qu'il a commis une erreur lorsqu'il a conclu que les éléments de preuve corroboratifs ou confirmatifs doivent avoir un lien direct avec un ou plusieurs éléments essentiels de l'accusation. S'il n'a pas commis d'erreur dans ce sens, il en a commis une en ne tenant pas compte de la preuve confirmative existante qui aurait pu servir à restituer au témoignage de M. Jensen sa crédibilité. Par conséquent, j'accueillerais l'appel et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

English version of the reasons delivered by

RICHARD, J.A. (dissenting)

[1] I have had the benefit of reading my colleagues' reasons for decision and, with respect, I do not agree with their disposition of this appeal. While I am in general agreement with their approach dismissing the first ground of appeal, I cannot subscribe to ordering a new trial on the basis of the second ground. I would therefore dismiss the appeal.

[2] For the purposes of s. 677 of the *Criminal Code*, and, considering s. 691(2)(a), I would specify the questions of law upon which I dissent to be the following:

Where a trial judge acquits on the basis of a reasonable doubt, does the judge's failure to specifically consider testimony on collateral matters, which might in some respects have bolstered the credibility of the complainant, raise a question of law alone giving the Attorney General a right of appeal pursuant to s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*?

In my respectful view, the trial judge considered all the testimony, but, in the event he did not, which is the finding my colleagues make, his failure would not raise a question of law alone where the acquittal is based upon a reasonable doubt.

[3] My colleagues have related the relevant facts and, therefore, I will not detail them again. Briefly stated, this case essentially pitted the testimony of a complainant against that of an accused in a prosecution on a charge of indecent assault on a male person. The offence was alleged to have occurred between December 25 and 27, 1975, at a time when s. 156 of the *Criminal Code* made such conduct an indictable offence for which one would be subject to imprisonment for 10 years. The complainant alleged that, as a young boy, he was befriended by the accused, a priest. On one occasion, while the two were alone watching television, the priest allegedly grabbed the boy's genitals. Only three people were called to testify at trial: the complainant, the

accused and the complainant's brother. The complainant described the incident and its effect on him, and described a telephone confrontation with the accused many years later. The accused denied the incident and contradicted the complainant's description of the telephone conversation. As for the complainant's brother, he described how the complainant's general demeanour had changed in his early teen years, and how it was only years later he learned of the alleged incident.

[4] Credibility was a critical issue at trial. However, it was not the governing issue. The overarching test was whether the prosecution had proven the accused's guilt beyond a reasonable doubt. In determining this, the trial judge was required to follow reasoning along the lines of what Cory J. set out in *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL), where he explained that, in cases where the credibility of the accused is pivotal, the analysis should first proceed with a determination of whether the testimony is believed. If so, an acquittal follows; if not, the question is then whether it leaves the trier of fact with a reasonable doubt. If so, an acquittal also follows; if not, there is still a third step in the analysis: it must be determined "whether, on the basis of the evidence [accepted], [the trier of fact] is convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused" (para. 28). Only then is a conviction justified.

[5] In the present case, the trial judge explicitly adopted this approach and consistently pointed out that his task was to determine whether the prosecution had proven guilt beyond a reasonable doubt. The judge assessed the testimonies heard at trial and, in some important respects, did not totally believe the complainant. He especially did not believe the accused. However, on the basis of the *W.(D.)* analysis, the judge acquitted. He reasoned as follows:

[TRANSLATION]

[...] Be that as it may, the Court does not believe the accused; his personal interests and the inconsistencies in his testimony are all elements that lead the Court not to believe his version of the facts. The onus is nevertheless on the Crown to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt, and the accused always has the benefit of the presumption of innocence until his guilt is proven

beyond all reasonable doubt. In the absence of corroboration of the complainant's testimony, the Court cannot reach a verdict of guilty beyond a reasonable doubt. The Court's decision cannot be based on sympathy or on a preconceived notion. It must be based on reason and common sense. The Court cannot find the accused guilty on a finding that he is probably guilty; even in these circumstances it must acquit. [...]

[6] As my colleagues point out, the Attorney General raises two grounds of appeal. First, the Attorney General submits the trial judge erred in law by requiring that the complainant's testimony be corroborated before a conviction could ensue. Second, it is alleged that, if corroboration was in fact an essential element, the judge erred in not finding the necessary corroboration.

[7] I agree with my colleagues' conclusion that the trial judge did not, as a matter of law, require corroboration of the complainant's testimony before there could be a conviction. Had he done so, there is no question he would have erred. As the *Criminal Code* read in 1975, corroboration was not a requirement for a conviction for indecent assault on a male. In fact, it has not, since then, ever been a requirement.

[8] In support of the first ground of appeal, counsel for the Attorney General points particularly to two statements in the judge's reasons for acquittal:

[TRANSLATION]

It is trite law that the Court should be very careful before grounding a conviction on a witness' uncorroborated testimony.

[...]

In the absence of corroboration of the complainant's testimony, the Court cannot reach a verdict of guilty beyond a reasonable doubt.

[9] According to counsel for the Attorney General, these statements demonstrate the trial judge required corroboration as a matter of law before he could

convict. With respect, that is simply not so. Read in isolation, the first of these two statements is evidently not a totally accurate statement of law: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811. Still, it cannot be given the interpretation that the judge required corroboration as a matter of law before he could convict. The judge did not say he could not convict without corroboration, he simply said he should be careful before grounding a conviction on uncorroborated testimony. Moreover, it is trite law that a comment made in giving reasons for a decision has to be read in the context of the decision as a whole. When the trial judge's decision is read in its entirety, it is obvious the judge did not consider corroboration a legal requirement before there could be a conviction.

[10] The first mention of corroboration was made in the context of explaining how to assess credibility. The trial judge explained the approach he would follow to determine the case is the approach set out in *R. v. W.(D.)*. If the trial judge had required, as a matter of law, that the complainant's testimony be corroborated before there could be a conviction, there simply would have been no need for him to make credibility findings under a *W.(D.)* analysis. The judge would have simply stated that, absent corroboration, he could not convict and then acquitted the accused. However, that is not what he did. The judge reviewed the testimony given at trial and made specific credibility findings. In doing so, he noted that the complainant himself believed he would require corroboration to give "weight" to his own testimony, and that the complainant knew compensation in a civil action would be easier to obtain if there was a conviction in criminal court. The judge noted that these factors [TRANSLATION] "increase [...] the need for the Court to have corroboration in the instant case in order to reach a guilty verdict". Evidently, he was pointing out the need for careful scrutiny of the complainant's testimony. At no time did the judge say he could not convict absent corroboration.

[11] The judge then assessed the accused's testimony, which he generally did not believe. Nonetheless, the judge recognized the proper test to determine guilt is not whether the accused is believed, but whether the prosecution has proven guilt beyond a reasonable doubt. In applying this test, the judge stated that, without corroboration, he

was left with a reasonable doubt. Again, he did not say he could not convict without corroboration, only that he was left with a reasonable doubt.

[12] As stated above, corroboration was not a requirement to prove a charge of indecent assault on a male. At one time, in earlier versions of the *Criminal Code*, corroboration was a requirement for certain other sexually based offences. However, this is no longer the case. The Supreme Court pointed out in *Vetrovec* that the common law “has traditionally held that the testimony of a single witness is a sufficient basis for a criminal conviction” (p. 819), and noted that it is “unfortunate that the word ‘corroboration’ ever became part of the legal lexicon” (p. 829), because “[t]he law of corroboration is unduly and unnecessarily complex and technical” (p. 830). However, “as a matter of common sense” there are instances where “something in the nature of confirmatory evidence should be found before the finder of fact relies upon the evidence of a witness whose testimony occupies a central position in the purported demonstration of guilt and yet may be suspect by reason of the witness being an accomplice or complainant or of disreputable character” (p. 831).

[13] *Vetrovec* involved jury instructions, but some of its principles are equally applicable to reasons for decision. As the Supreme Court observed, an infinite range of circumstances may arise in criminal matters, and there are cases where it will be necessary for a trier of fact to consider the need for prudent scrutiny of the testimony of a witness and to consider “the risks of adopting, without more, the evidence of the witness” (p. 831).

[14] In this infinite range of circumstances, there may well be cases where the judge does not believe the accused but, nevertheless, entertains doubts regarding the testimony of a complainant; doubts that, in the absence of some satisfactory confirmation, will not eliminate the reasonable doubt the prosecution is obliged to extinguish before there can be a conviction. In my view, this is exactly what happened in the present case. While the trial judge did not believe the accused, he harboured doubts regarding the veracity of the accusation. As the judge pointed out: (1) there were instances when the

complainant was unable to be precise; (2) the complainant believed he needed corroboration to give weight to his own testimony yet he refused to name people whom he alleged could corroborate his version; (3) the complainant knew that compensation in a contemplated civil action would be facilitated by a guilty verdict in a criminal prosecution; and, (4) the complainant attributed fibromyalgia, a condition from which he suffered, to the incident in question. According to the judge, these facts made him want to look for more before finding the accused guilty.

[15] In my respectful view, the judge was simply saying that, in light of the circumstances of this particular case, he saw the need for prudent scrutiny of the complainant's testimony and, thus, looked for evidence that might help him resolve the reasonable doubt he entertained. Without sufficient evidence to displace that doubt, he was obliged to acquit. In my view, this is exactly what the judge meant when he made the second of the impugned statements to the effect that without "corroboration" he could not find guilt beyond a reasonable doubt. While more precise language and avoiding the word "corroboration" and its connotations might have avoided all possibility of misinterpretation, it cannot be forgotten that this was an oral decision delivered from the Bench. In my view, the trial judge's reasons for decision, read as a whole, leave no doubt he followed the correct analytical framework to determine this case and he did not, as a matter of law, make corroboration a requirement before he could convict. He simply harboured a reasonable doubt and did his best from the Bench to articulate why. With that, I join my colleagues in concluding that the first ground of appeal is without merit.

[16] It is with regard to the second ground of appeal that, with great respect, I cannot subscribe to my colleagues' conclusion and, hence, to their disposition of the appeal. The Attorney General's entire appeal is centered on the determination of whether or not corroboration is a requirement for a conviction on a charge under the former s. 156 of the *Criminal Code*. In the first ground of appeal, the Attorney General submits the judge erred in law in considering it a requirement. In the second ground, which is clearly an alternative ground, the Attorney General says that, if corroboration is a requirement,

then the judge erred in finding none. It is worth setting out the second ground of appeal in the words used in the Attorney General's written submission:

[TRANSLATION]

That the trial judge erred in law by failing to analyze the evidence that might have served as corroboration, if he deemed that this evidence was necessary.

[17] With respect, the second ground of appeal, as argued, is moot where we find the judge did not consider corroboration to be a legal requirement. Since there was no requirement for corroboration, there was no need to determine whether there was any evidence that could, as a matter of law, corroborate the complainant's version of events.

[18] There is a valid reason the Attorney General argued the second ground as an alternative ground. If corroboration had been required as a matter of law, then it could be argued the judge erred in law if he applied the wrong test as to what could constitute corroborating evidence. Otherwise, there is no basis upon which the Attorney General can appeal the verdict, because, as I explain below, an appeal against an acquittal is limited to a question of law alone. If corroboration is not required as a matter of law and if the judge thus did not err in applying principles of law, the verdict of acquittal based on a reasonable doubt is the result of the appreciation or weighing of the evidence, something which does not raise a question of law alone.

[19] My colleagues find the trial judge erred in failing to recognize that for evidence to be confirmatory evidence, it need not necessarily implicate the accused. With respect, there is nothing in the reasons for acquittal that suggests the trial judge committed such an error. The trial judge reviewed the testimony of all witnesses, including that of the complainant's brother and that of the accused (which the judge noted corroborated some aspects of the complainant's testimony) but, in the end, the judge was still left with a reasonable doubt. The trial judge's decision is focused, as it should be, on whether or not the prosecution met its burden of proof.

[20] This is not a case like *R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328, or *R. v. R.D.*, [2004] O.J. No. 2086 (C.A.) (QL), upon which my colleagues rely, in which the respective judges convicted after considering that certain evidence was sufficient to displace doubts each might otherwise have entertained. In those cases, the question was whether certain evidence was capable of confirming testimony in order to support a conviction. However, the present case does not involve a conviction, but rather an acquittal, and the approach on appeal is markedly different.

[21] The right of the Attorney General to appeal against a judgment of acquittal is limited to grounds of appeal that involve “a question of law alone” (s. 676(1)(a)). There is no such limitation to an appeal against conviction in proceedings by indictment, since the *Criminal Code* provides that, with leave, such an appeal can be founded on grounds that involve a question of fact or a question of mixed law and fact: s. 675 (1). The term “question of law alone” has often been the subject of debate in appellate courts and in the Supreme Court of Canada, and what clearly comes out of the decisions is that any question that calls for the appreciation or weighing of evidence is not a question of law alone, unless the failure is based on the misapprehension of a legal principle. To justify this statement, I can do no better than borrow the analysis of Mitchell J.A. (later C.J.P.E.I.) in *R. v. Poirier*, [1997] P.E.I.J. No. 18 (C.A.)(QL), which involved an appeal in which the Crown alleged the trial judge had erred in failing to find that the prosecution had met the onus of proof necessary to convict. In dismissing the appeal, Mitchell J.A., for the majority, explained:

The Crown contends the trial judge's verdict of acquittal resulted from [the trial judge's] failure to appreciate the evidence. If that were true, it would still not, in itself, constitute an appealable ground. A trial judge's "failure to appreciate the evidence cannot amount to an error of law unless the failure is based on a misapprehension of some legal principle." *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286 (S.C.C.) at p. 294 per Sopinka J. The Crown argues the trial judge misapprehended the principle of reasonable doubt because he failed to reach the proper conclusion from the evidence. I cannot agree. Although one might disagree with the trial judge's view of the evidence, there is nothing at all to

indicate he did not appreciate the doctrine of reasonable doubt. To the contrary, he was obviously alert to the doctrine and seems to have understood it and applied it exactly as the Supreme Court of Canada has said a trier of fact should. The respondent testified and denied committing the offences. The trial judge said: "I listened intently to Poirier on the stand and I believe him." Later in his judgment the trial judge said: "I am mindful of the fact that there is some evidence in the Crown's favour pointing to guilt; but considering all of the evidence, I am left with a reasonable doubt as to that evidence leading to guilt."

Credibility was a key issue in this case. In *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742 (S.C.C.) at p. 757, Cory J., writing for the Court, said that in a case where credibility is important, the rule of reasonable doubt applies and that the triers of fact should be instructed that the accused must be acquitted in two situations.

First if they believe the accused. Second, if they do not believe the accused's evidence but still have a reasonable doubt as to his guilt after considering the accused's evidence in the context of the evidence as a whole.

Accordingly, I fail to see how it can be said Ghiz J. misdirected himself with respect to the legal principle of reasonable doubt. Given that he believed the respondent, and the reservations he had as a result of the weighing process of all the evidence, he had no legal recourse but to acquit. He might have been wrong in his assessment but, if so, his error was one of fact, not law, and that being the case, this Court has no jurisdiction to interfere.

[paras. 13-14]

Mitchell J.A.'s majority decision in *Poirier* was upheld in the Supreme Court: [1998] 1 S.C.R. 24.

[22]

In the present case, the judge did not believe the accused, but, upon considering the evidence, including the testimony of the complainant's brother as well as portions of the accused's testimony that corroborated parts of the complainant's version, the judge nevertheless harboured a reasonable doubt. He understood the meaning of reasonable doubt and applied the *W.(D.)* framework. The question of whether or not the

judge, on appreciating or weighing the evidence, was still left with a reasonable doubt is, with respect, a question of fact. This is all the more evident from the fact that, even if the Attorney General had framed the ground of appeal to attack the reasonability of the judge's decision, he still would not have brought himself within the ambit of s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*. Once again, I turn to the words of Mitchell J.A. in *Poirier*:

If a trial judge errs in finding that the onus of proving guilt has not been satisfied, that is an error of fact, not law. *Lampard v. R.* [1969] 3 C.C.C. 249 (S.C.C.). The sufficiency of the evidence, and whether the guilt of an accused should be inferred from it, is a question of fact within the province of the trial judge. *Sunbeam Corp. v. R.* [1969] 2 C.C.C. 189 (S.C.C.). Absent a finding of fact that must, as a matter of law, result in a conviction (e.g., a shift of an onus), the failure of the trial judge to infer guilt, even in the face of compelling evidence, is a question of fact, no matter how wrong that failure is regarded by the appellate court. *Lampard, supra*, and *Sunbeam, supra*. In the case before us, the trial judge concluded the evidence was not sufficient to satisfy him beyond a reasonable doubt that the respondent was guilty. Like Ritchie J. in *Sunbeam, supra*, at pp.171-2, I am of the opinion that however wrong we may think he was in reaching this conclusion the error cannot be determined without passing judgment on the reasonableness of the verdict or the sufficiency of the evidence which are matters beyond our jurisdiction under s-s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*. Appeals on the basis that the verdict is unreasonable and not supported by the evidence are reserved by the *Criminal Code* to cases of conviction.

In *Lampard, supra*, the judges of the Supreme Court of Canada said they would not set aside an acquittal even though, in their view, guilt was the "only one reasonable" and "irresistible" inference that could be drawn from the facts in the record. The Supreme Court judges took that position because in their view such an error would be one of fact and not law and therefore not appealable. As Ritchie J. points out in *Sunbeam, supra*, at p. 175, it is obvious from a reading of s-s. 686(1)(a) of the *Criminal Code* Parliament did not intend the question of whether the verdict was unreasonable or could not be supported by the evidence would be treated as a question of law. Thus, if the authority of Courts of Appeal is to be broadened so as to

allow for correction of acquittal verdicts which are unreasonable or not supported by the evidence, Parliament will first have to amend the *Criminal Code* to provide for it.
[paras. 8-9] [Emphasis added.]

[23] In sum, the Attorney General's second ground of appeal was framed as an alternative ground in the event we were to conclude corroboration of the complainant's testimony was a legal requirement. In that eventuality, the Attorney General wanted to argue there was evidence of corroboration. That was the sole basis of this ground of appeal. Considering our unanimous finding that the judge did not consider corroboration to be a legal requirement for conviction, there is no need for us to consider this second ground. However, even if the ground of appeal had been framed to allege error in the reasonableness of the verdict or to allege the trial judge had failed to appreciate and weigh certain evidence, this appeal would still not be within the ambit of s. 676(1)(a) because it would not raise a question of law alone. Not that it matters, but I am also of the view that the trial judge did appreciate and weigh all the evidence. In his oral reasons for decision, he extensively reviewed all of it, including the testimony that could confirm parts of the complainant's testimony. He considered the facts, applied the *W.(D.)* framework and was left with a reasonable doubt. Such a finding is simply beyond our reach.

[24] I would also add this. The second of the judge's impugned statements, upon which the second ground of appeal is based, must also be read in the context of the decision as a whole. The judge found the accused was probably guilty, but, as explained earlier, he found aspects of the complainant's testimony troubling, which made him want more before the presumption of innocence might give way to conviction on the standard of proof applicable to criminal cases. This is not an error. It is rather a classic example of the criminal justice system at work. Judges do not convict people based on probability, and, when aspects of a witness' testimony are troubling, there is nothing wrong for a judge to scrutinize it with care and determine, where appropriate, that, without more, the doubt he harbours has not been dispelled. With respect, this is exactly what happened in this case.

[25]

For these reasons, I would dismiss the appeal.

English version of the decision of Bell and Quigg, JJ.A delivered by

BELL, J.A.

I. Introduction

[26] This is an appeal by the Crown pursuant to s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*. The Crown challenges the acquittal of the respondent on a charge that he committed an indecent assault upon Michael Lyo Jensen in December, 1975. At the time, the offence was described in s. 156 of the *Code* (S.C. 1953-54, c. 51, s. 148; 1972, c. 13, s. 70) as follows:

Every male person who assaults another person with intent to commit buggery or who indecently assaults another male person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years.

Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans toute personne du sexe masculin qui attaque une autre personne avec l'intention de commettre la sodomie ou qui attente à la pudeur d'une autre personne du sexe masculin.

[27] For the reasons that follow, I would allow the appeal and order a new trial.

II. The evidence

[28] The respondent and Mr. Jensen first met in Charlo in the summer of 1975 when, after having gone for a swim, Mr. Jensen (then 13) and another teenager were hitchhiking. At the time, the respondent had just moved to the area to assume his duties as curate of the St. John the Baptist parish in Dalhousie. He introduced himself to the two boys as the new curate and offered them a drive. According to Mr. Jensen, the respondent was very nice and friendly with them and invited them to visit his new quarters.

[29] In addition to the task of overseeing the religious life of the young people in the parish, the respondent was responsible for the parish's social, cultural and

community outreach. To fulfill these functions, the respondent had installed a sound system and a television set in an entertainment room next to his apartment where he met with teenagers (male and female) who would come to see him. Given that the respondent had a very busy schedule on the weekends, the young people would visit mostly during week days.

[30] After meeting the respondent, Mr. Jensen started going to the presbytery to visit him two or three times a week. Sometimes he went alone, sometimes with others. In fact, as the curate became increasingly friendlier, the complainant went to visit him on a regular basis.

[31] The indecent assault is alleged to have occurred between December 25 and 27, 1975, dates when Mr. Jensen claims the respondent invited him to his apartment. As soon as Mr. Jensen arrived, the respondent asked him to sit with him on the couch to watch television, which the boy did. The respondent admitted that this scenario was possible.

[32] Some 15 to 20 minutes after Mr. Jensen arrived, the respondent allegedly asked him to lie on him with his head under the respondent's neck and his back on his abdomen. According to Mr. Jensen, he went along with this without asking any questions because he trusted and respected the respondent, a person who was warm and friendly and in whom he had confidence. While he was in the respondent's arms, the complainant says the respondent's breathing got heavier. Suddenly, without warning, the respondent grabbed Mr. Jensen's penis and testicles with one hand and held him with the other arm so he could not escape. Panicking, Mr. Jensen screamed and fought to free himself. Once he succeeded, he fled, calling the respondent a "pervert" and a "bastard". The respondent denied any indecent assault.

[33] The evening of the alleged sexual touching coincides with Mr. Jensen's last visit to the parish presbytery. After this date, he states that he found it very difficult to go to church, particularly so when the respondent was the one who gave him communion.

Mr. Jensen did not talk to anyone about the evening in question. According to his testimony, he had two reasons for remaining silent. First, he was ashamed and felt guilty for what had happened with the new curate. Second, he wanted to avoid any conflict within his family because the family was very involved in St. John the Baptist parish activities. His father was the parish deacon, his mother, president of the catholic women's league and his eldest brother, director of the choir. Mr. Jensen therefore believed that if he told anyone about what happened, it would have nothing but negative consequences for his family.

[34] Moreover, Mr. Jensen testified that following the events of December 1975, he started consuming excessive amounts of drugs and alcohol. He became withdrawn, behaved irrationally, his health deteriorated and his marks plummeted. He maintains he even suffered from depression. It was only in 1991, that he got back on track and stopped drinking and using drugs. At the time of the trial he had been 'clean' for approximately 10 years. From a psychological perspective, Mr. Jensen complains about recurring bouts of depression.

[35] Mr. Jensen's brother, Robert Jensen, also testified. He explained that the complainant was a [TRANSLATION] "good kid" until he was 12 or 13 years old when his personality suddenly changed. The child who used to attain straight "A's" in school suddenly became a rebellious teenager with learning problems. Robert Jensen added that he only understood why his little brother's personality had changed so suddenly when the latter told him that he had been the victim of sexual assault at the hands of the respondent when he was 13 years old. Robert Jensen also confirmed that the Jensen family was very involved with the church. He added that he too had gone to the respondent's apartment on occasion when he was young.

[36] The evidence establishes that several years after the evening of the alleged sexual touching, Mr. Jensen contacted the respondent by telephone. Although both men confirm they had a telephone conversation, the date and contents of the call are contested. Mr. Jensen claims that he called the respondent in 1993 after watching "The Boys of St.

Vincent”, a television series pertaining to the sexual abuse of young boys by members of a religious order. The respondent, for his part, testified that Mr. Jensen called him shortly after he moved to Montreal. Since he moved there in 1995, he was of the view that the call could only have been made in 1996.

[37] As I indicated earlier, there are also contradictions as to what was said in the course of the telephone conversation. Mr. Jensen testified that although he was aggressive in the way he spoke to the respondent, he was unable to get an apology from him or find out exactly why the sexual touching had occurred. Mr. Jensen stated the respondent admitted the sexual touching, yet he [Mr. Jensen] was unable to identify the exact words used by the respondent. He added that before hanging up, the respondent admitted that he was a homosexual and confided that he had been through some difficult times because of this. The telephone conversation, which lasted 10 to 12 minutes, ended with the respondent’s admission that [TRANSLATION] “he was not perfect”.

[38] The respondent, for his part, explained that what Mr. Jensen had to say during the telephone conversation was incoherent and vague. He was unable to understand the nature of the accusations made against him. He added that at first the conversation was friendly but that it rapidly turned confrontational. The respondent admitted that Mr. Jensen had asked him why he had done what he had done, why he had broken his trust and why he was not apologizing. Mr. Picot testified that despite repeatedly asking for the underlying reasons for an apology, the conversation went nowhere. The respondent nevertheless confirmed that he had revealed his homosexuality at the end of the conversation and that he had said that he was only “human”.

[39] I would also note that Mr. Jensen testified that it was only after his mother’s death in 2006 that he decided to file a complaint with the police.

III. The trial judge's examination of the evidence

[40] In the introduction to his analysis of the evidence, the trial judge states as follows:

[TRANSLATION]

It is incumbent on the Court in this case to assess the credibility of the witnesses which is an essential part of the decision-making process. It is trite law that the Court should be very careful before grounding a conviction on a witness' uncorroborated testimony.

[41] Concerning Mr. Jensen's testimony, he states:

[TRANSLATION]

After being sworn in, Mr. Jensen gave his version of the facts, which I essentially summarized a few moments ago. We – we must remember that the alleged events occurred almost 35 years ago. He had his own recollection of the facts riddled with qualifiers and opinions. He had never heard of young priests inviting boys. His insistence on boys only visiting Mr. Picot was contradicted by the presence of young girls. He dwelled on how Mr. Picot attracted youths; how he would coax them to come back to see him; how he hugged them. Although he implied that he was alone with Mr. Picot, he used the word “we” or “nous” in French more often than not. His idealizing of this aggressor was not lacking in colour. When came the time to discuss the phone call, whether it was in 1993 or in 1996, he explained why it was in 1993, the story of “The Boys of St. Vincent” and why it was this television program and nothing else that prompted him to contact Mr. Picot. The inferences drawn from this conversation also raise questions.

[...]

The Court cannot accept Mr. Jensen's version that Mr. Picot admitted he was guilty during this conversation. He could not give any example of the words Mr. Picot used to this effect other than to say that there was an “acknowledgment”.

[...]

Also, Mr. Jensen knew that he needed collaboration – corroboration to give weight to his testimony. In fact, he contacted other individuals to obtain this corroboration, but he refused to identify them.

[...]

These are all elements that increase the – need for the – the Court to have corroboration in the instant case to reach a guilty verdict.

[42] The trial judge had this to say about the respondent’s testimony:

[TRANSLATION]

Denying the facts does not constitute a defence to the offence one is charged with. Be that as it may, the Court does not believe the accused; his personal interests and the inconsistencies in his testimony are all elements that lead the Court not to believe his version of the facts. The onus is nevertheless on the Crown to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt, and the accused always has the benefit of the presumption of innocence until his guilt is proven beyond all reasonable doubt. In the absence of corroboration of the complainant’s testimony, the Court cannot reach a verdict of guilty beyond a reasonable doubt. [Emphasis added]

IV. Issues

[43] The appellant raises the following grounds of appeal which are taken from its brief:

[TRANSLATION]

- a. That the trial judge erred in law in stating that the Court needed corroboration, in the absence of which he could not find the respondent guilty.
- b. That the trial judge erred in law in failing to analyze the evidence that might have served as corroboration, if he deemed that this evidence was necessary.

V. Analysis

A. *The Crown's right to appeal a verdict of acquittal*

[44] Pursuant to s. 676(1)(a), in order to appeal a verdict of acquittal, the Crown must raise a ground of appeal that involves a question of law alone. The relevant provision reads as follows:

Right of Attorney General to appeal

676.(1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal or a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone[.]

Le procureur général peut interjeter appel

676. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel :

a) contre un jugement ou verdict d'acquittal ou un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prononcé par un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement[.]

[45] This Court must first determine whether the trial judge wrongly concluded that corroboration was a condition precedent to a finding of guilty. This issue raises a question of law. In the event the trial judge made no error in his application of the underlying rules of corroboration, the next question is whether he failed to consider relevant confirmatory or corroborative evidence. This in my view constitutes another question of law.

[46] In *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, the Court explained the onus the Crown must meet when appealing a verdict of acquittal:

It is the duty of the Crown in order to obtain a new trial to satisfy the appellate court that the error (or errors) of the trial judge might reasonably be thought, in the concrete

reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal. The Attorney General is not required, however, to persuade us that the verdict would necessarily have been different.

[Para. 14]

[47] The burden of proof is a heavy one: *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, [1988] S.C.J. No. 80 (QL), p. 374. For the reasons that follow, I am of the opinion the appellant has met this onus on the second ground of appeal.

B. *Corroboration as a condition precedent to a finding of guilt*

1) Evolution of the law regarding corroboration

[48] In most cases involving sexual offences, determining guilt is a particularly difficult task because the unlawful act generally occurs in a private and isolated place. In such a context, the law recognizes it is not essential for testimony to be corroborated in order for the trier of facts to be able to reach a guilty verdict. However, one must be vigilant about applying the fundamental principles of the presumption of innocence and proof beyond a reasonable doubt.

[49] In this case, although the trial judge stated he did not believe the testimony of the respondent, he was not convinced of his guilt beyond a reasonable doubt. The appellant contends the trial judge erred in law by requiring corroboration of the complainant's testimony as a condition precedent to a finding of guilt. With respect, I am not convinced, on reading the decision as a whole, that the trial judge imposed such a condition precedent.

[50] The law recognizes two fundamental rules with respect to corroboration. The first recognizes that a trial judge has the discretion to warn the jury of the danger of finding an accused guilty on the uncorroborated testimony of an unsavoury witness. The second requires that, for certain crimes, the accused must be acquitted in the absence of

corroboration. Under the *Code*, this rule applies to treason (s. 47(3)), high treason (s. 47(3)), perjury (s. 133), and feigned marriage (s. 292(2)).

[51] The appellant relies on s. 274 of the *Code* in support of its contention the trial judge erred in requiring corroboration in order to convict. The relevant provision reads as follows :

Corroboration not required

274. If an accused is charged with an offence under section 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 212, 271, 272 or 273, no corroboration is required for a conviction and the judge shall not instruct the jury that it is unsafe to find the accused guilty in the absence of corroboration.

R.S., 1985, c. C-46, s. 274; R.S., 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 11; 2002, c. 13, s. 12.

Non-exigibilité de la corroboration

274. La corroboration n'est pas nécessaire pour déclarer coupable une personne accusée d'une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 212, 271, 272 ou 273. Le juge ne peut dès lors informer le jury qu'il n'est pas prudent de déclarer l'accusé coupable en l'absence de corroboration.

L.R. (1985), ch. C-46, art. 274; L.R. (1985), ch. 19 (3^e suppl.), art. 11; 2002, ch. 13, art. 12.

[52] Simply put, the appellant contends the former s. 156 is caught by s. 274, even though it is not listed therein. It follows, the appellant contends, that the trial judge misdirected himself by requiring corroboration. With respect, I reject the notion that Parliament intended to include the former s. 156 in the list of offences enumerated in s. 274. If that had been Parliament's intention, it had numerous opportunities to do so. This is evident from a review of the amendments made to the antecedents to s. 274 as well as an examination of the jurisprudence.

[53] My analysis begins with the wording of the former s. 139(1) of the *Code* (R.S.C. 1953-54, c. 51, s. 131, repealed R.S.C. 1980-81-82, c. 125, s. 5) which required corroboration for the offences listed therein:

139(1) No accused shall be convicted of an offence under section 148, 150, 151, 153, 154, or 166 upon the evidence of only one witness unless the evidence of the witness is corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused.

S.C. 1953-54, c. 51, s. 131 repealed S.C. 1980-81-82, c. 125, s. 5

139(1) Aucun prévenu ne doit être déclaré coupable d'une infraction visée par l'article 148, 150, 151, 152, 153, 154 ou 166 sur la déposition d'un seul témoin, sauf si cette déposition est corroborée sous un rapport essentiel par une preuve qui implique l'accusé.

L.C. 1953-54, ch. 51, art. 131 abrogé L.C. 1980-81-82, ch. 125, art. 5

In light of this enumeration, it seems obvious that s. 156 was deliberately omitted from this provision. But let us consider subsequent statutory developments.

[54] The former s. 142 (S.C. 1953-54, c. 51, s. 134, repealed S.C. 1980-81-82, c. 125, s. 6) brought about an obligation for the judge to alert the jury to the danger of finding an individual guilty of one of the listed offences on the uncorroborated testimony of a female victim. Section 142 read as follows:

Notwithstanding anything in this Act or any other Act of the Parliament of Canada, where an accused is charged with an offence under section 144, 145, subsection 146(1) or (2) or subsection 149(1), the judge shall, if the only evidence that implicates the accused is the evidence, given under oath, of the female person in respect of whom the offence is alleged to have been committed and that evidence is not corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused, instruct the jury that it is not safe to find the accused guilty in the absence of such corroboration, but that they are entitled to find the accused guilty if they are satisfied beyond a reasonable doubt that her evidence is true.

[Emphasis added]

Nonobstant toute disposition de la présente loi ou de quelque autre loi du Parlement du Canada, lorsqu'un prévenu est inculpé d'une infraction visée par l'article 144, l'article 145, le paragraphe 146(1) ou (2) ou le paragraphe 149(1), le juge, si la seule preuve qui implique le prévenu est le témoignage, rendu sous serment, de la personne du sexe féminin à l'égard de qui il est allégué que l'infraction a été commise et si ce témoignage n'est pas corroboré sur un détail important par une preuve qui implique le prévenu, doit informer le jury qu'il n'est pas prudent de déclarer le prévenu coupable en l'absence d'une telle corroboration, mais que le jury a le droit de déclarer le prévenu coupable s'il est convaincu, au-delà d'un doute raisonnable, que le témoignage de cette personne est véridique.

[Je souligne.]

[55] Once again, s. 156 does not appear in the list of provisions for which an instruction on corroboration is required. In fact it must be noted that the provisions that are enumerated (ss. 144 and 145 as well as subsections 146(1), 146(2) and 149(1)) only apply to cases involving female victims. At that point nothing indicates Parliament intended to include s. 156 in the statutory scheme related to corroboration. The rules of common law would no doubt continue to govern offences involving male victims. Let us continue our analysis of the evolution of the statute law.

[56] In 1982, three years before s. 156 was repealed, the *Code* was once again amended. Section 246.4 (1980-81-82, c. 125, s. 19) and its present counterpart, s. 274 (R.S.C. 1985, c. C-46, s. 274; R.S.C. 1985, c. 19 (3rd suppl.), s. 11; 2002, c. 13, s. 12) make no mention of s.156. These provisions were enacted as follows:

246.4 Where an accused is charged with an offence under section 150 (incest), 157 (gross indecency), 246.1 (sexual assault), 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm) or 246.3 (aggravated sexual assault), no corroboration is required for a conviction and the judge shall not instruct the jury that it is unsafe to find the accused guilty in the absence of corroboration.

1980-81-82, c. 125, s. 19.

274. If an accused is charged with an offence under section 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 212, 271, 272 or 273, no corroboration is required for a conviction and the judge shall not instruct the jury that it is unsafe to find the accused guilty in the absence of corroboration.

R.S., 1985, c. C-46, s. 274; R.S., 1985, c. 19 (3rd Suppl.), s. 11; 2002, c. 13, s. 12.

246.4 La corroboration n'est pas nécessaire pour déclarer coupable une personne accusée d'une infraction prévue aux articles 150 (inceste), 157 (grossière indécence), 246.1 (agression sexuelle), 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles) ou 246.3 (agression sexuelle grave). Le juge ne doit pas informer le jury qu'il n'est pas prudent de déclarer l'accusé coupable en l'absence de corroboration.

1980-81-82, ch. 125, art. 19.

274. La corroboration n'est pas nécessaire pour déclarer coupable une personne accusée d'une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 212, 271, 272 ou 273. Le juge ne peut dès lors informer le jury qu'il n'est pas prudent de déclarer l'accusé coupable en l'absence de corroboration.

L.R. (1985), ch. C-46, art. 274; L.R. (1985), ch. 19 (3^e suppl.), art. 11; 2002, ch. 13, art. 12.

Once again, Parliament demonstrated no intention to include s. 156 in the statutory evolution of the rule with respect to corroboration.

[57] The common law rules with respect to corroboration or confirmatory evidence have evolved in tandem with developments in the codification of the criminal law. *Regina v. Camp*, [1977] O.J. No. 2366 (C.A.) (QL), followed in *R. v. Daigle* (1977), 18 N.B.R. (2d) 658, [1977] N.B.J. No. 188 (C.A.) (QL), constitutes an important step in that evolution. In *Daigle*, Ryan, J.A. quotes Dubin, J.A, writing for the Ontario Court of Appeal in *Camp*:

[I]t is no longer a rule of law that it is dangerous to convict on the uncorroborated evidence of the complainant with respect to those offences which had been enumerated in the former s. 142, and an instruction to the jury in the language therein prescribed is no longer appropriate. On the other hand the effect of the repeal does not limit the discretion of a trial judge, nor relieve him of the duty in appropriate cases, while commenting on the weight to be given to the evidence of a complainant, to caution the jury in simple language as to the risk of relying solely on the evidence of a single witness, and to explain to them the reasons for the necessity of such caution. In doing so, the trial judge ought not to resort to the term “corroboration”, but is free to point out to the jury any evidence which, in his opinion, supports the trustworthiness of the testimony of a complainant, even if such evidence does not meet the test set forth in *Rex v. Baskerville*, supra, [1916] 2 K.B. 658.

[58] The statutory and jurisprudential development of the corroboration rule with respect to the testimony of female victims was discussed in *R. v. Stymiest* (B.C.C.A.), [1993] B.C.J. No. 181 (C.A.) (QL). In that case of gross indecency, Legg, J.A. refers to *R. v. V.K.* (B.C.C.A.), [1991] B.C.J. No. 3913 (C.A.) (QL), to give the historical development of the rule concerning the caution to be given to the jury:

Wood, J.A., writing for the court, traced the historical development of this area of the law. He noted that prior to April 1st, 1955 in the case of certain sexual offences, the common law required the trial judge to caution the jury on

the danger of convicting on the uncorroborated evidence of the complainant. He noted that this requirement was described as a rule of practice (*Regina v. Thomas*, supra).

When s. 134, later to become s. 142, R.S.C. 1970, c. C-34, of the new *Criminal Code* came into effect, the requirement for such a caution became a rule of law in the case of certain sexual offences, including rape and indecent assault on a female. He referred to the repeal of s. 142, referred to this court's decision in *Firkins* and quoted at length from the reasoning of Dubin, J.A. in *Camp* and concluded that the caution or instruction on corroboration was a matter for the discretion of the trial judge. [para. 118]

[...]

Finally, the *Criminal Code* has deleted the requirement for corroboration in all sexual offences by the enactment of s. 274 of the *Criminal Code*.

Discretion still remains with the trial judge to give an instruction with respect to the weight of the unsupported testimony of a complainant. There is no special formula a trial judge must follow and there is no magic in the word "corroboration". [Paras. 122-123] [Emphasis added.]

[59] Based on all of the foregoing, I would conclude that s. 274 does not apply to charges brought under the defunct offence of indecent assault under s. 156. I would add that in my view Parliament set out to accomplish two things when it enacted s. 246.4, and later, s. 274: (1) repeal the codification of the 1950s and 1970s which targeted female sexual assault victims; and (2) ensure that in the future the same rules would apply to all victims of sexual assault, be they male or female.

[60] Modern case law concerning male sexual assault victims finds its genesis in *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658 (QL), and *Regina v. Cullen*, [1975] B.C.J. No. 1068 (C.A.) (QL). In *Baskerville*, the jury found the appellant guilty of indecently assaulting two young boys. Given that male victims were considered to be accomplices at the time, the analysis by the Court addresses corroboration regarding the testimony of accomplices and not victims. The Court made the following three observations regarding

the rule: (1) there exists a rule of practice that the jury should be warned about the danger of convicting on the uncorroborated testimony of an accomplice; (2) the judge has a discretion to advise the jury not to convict on such evidence; and (3) where a judge does not direct an acquittal he should point out to the jury it is “within their legal province to convict on such unconfirmed evidence”. [P. 663]

[61] In *Cullen*, a jury convicted the accused of gross indecency on a young man of 16. The judge hearing the case had correctly instructed the jury as to the danger of basing a guilty verdict on the uncorroborated testimony of an accomplice. However, as to the sexual nature of the complaint, the trial judge told the members of jury that if they reached the conclusion that the complainant did not consent to the act then he was not an accomplice. This was his instruction to the jury:

[M]any years of painful experience have taught the lesson that complaints of sexual misconduct unfortunately are often untrue and unfounded and, of course, they are most difficult for an accused person to meet. I know you will have that in mind when weighing the evidence. [Para. 5]

[62] The Court found this instruction to be inadequate. Although s. 156 was not enumerated in s. 142, trial judges were nevertheless required to articulate the warning in other sexual assault cases such as those involving male persons. Farris, C.J.B.C., noted as follows:

[T]he need for corroboration in such cases has been well recognized over a long period of time and I would not accede to the argument that the law has been codified and excludes the necessity of a warning in a case [of gross indecency]. [Para. 8]

[63] The *Baskerville* and *Cullen* tests were confined to the dust bins of jurisprudential history in *Vetrovec v. R.*, [1982] 1 S.C.R. 811. Although *Vetrovec* deals with the testimony of accomplices, the Court adopts a new approach to corroboration which is not limited by the nature of the offence. It is obvious, upon reading the following excerpts, that the Court’s intention is to totally abandon the old rules in favour

of a discretionary one that focuses on the credibility of the witness rather than the nature of the crime:

Rather than attempting to pigeon-hole a witness into a category and then recite a ritualistic incantation, the trial judge might better direct his mind to the facts of the case, and thoroughly examine all the factors which might impair the worth of a particular witness. If, in his judgment, the credit of the witness is such that the jury should be cautioned, then he may instruct accordingly. If, on the other hand, he believes the witness to be trustworthy, then, regardless of whether the witness is technically an 'accomplice' no warning is necessary. [Para. 24]

[...]

This Court has in the past declared its willingness to depart from its own prior decisions as well as decisions of the Privy Council and the House of Lords. [...] The present case is an appropriate occasion to exercise this discretion. The law of corroboration is unduly and unnecessarily complex and technical. [Para. 40]

[Emphasis added]

[...]

I would only like to add one or two observations concerning the proper practice to be followed in the trial court where as a matter of common sense something in the nature of confirmatory evidence should be found before the finder of fact relies upon the evidence of a witness whose testimony occupies a central position in the purported demonstration of guilt and yet may be suspect by reason of the witness being an accomplice or complainant or of disreputable character. There are great advantages to be gained by simplifying the instruction to juries on the question as to when a prudent juror will seek some confirmation of the story of such a witness, before concluding that the story is true and adopting it in the process of finding guilt in the accused as charged. It does not, however, always follow that the presiding justice may always simply turn the jury loose upon the evidence without any assisting analysis as to whether or not a prudent finder of fact can find confirmation somewhere in the mass of evidence of the evidence of a witness. Because

of the infinite range of circumstance which will arise in the criminal trial process it is not sensible to attempt to compress into a rule, a formula, or a direction the concept of the need for prudent scrutiny of the testimony of any witness. What may be appropriate, however, in some circumstances, is a clear and sharp warning to attract the attention of the juror to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness. There is no magic in the word corroboration, or indeed in any other comparable expression such as confirmation and support. [Para. 44]

[64] In short, a trial judge's discretion to give a warning only arises when it has been established that the witness in question is unsavoury. This discretionary power was discussed in *R. v. Vautour* (1987), 78 N.B.R. (2d) 84, [1987] N.B.J. No. 164 (C.A.) (QL). The appellant argued that the trial judge had erred in law in failing to instruct the jury on the danger of convicting on the uncorroborated evidence of an accomplice. However, under the pen of Chief Justice Stratton (as he then was) the Court dismissed this ground of appeal. The trial judge had correctly and sufficiently warned the jury of this danger. The Chief Justice reasoned as follows:

As a result of the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Vetrovec*, [1982] 1 S.C.R. 811..., a mandatory warning to a jury of the danger of convicting an accused on the uncorroborated evidence of an accomplice is no longer always necessary. What a judge must do now is to warn the jury as to the risk of convicting on the testimony of a witness he assesses as lacking credibility. [Para. 4]

[Emphasis added.]

[65] In the event a warning is to be given, it must be based upon the trial judge's assessment of the credibility of the witness and not upon his or her status as a victim or the nature of the offence. This approach was considered in *R v. Edmondson*, 2005 SKCA 51, [2005] S.J. No. 256 (QL), leave to appeal to the Supreme Court denied, [2005] S.C.C.A. No. 273 (QL), where the accused had been convicted of sexual assault on a young girl of 12. The appellant contended that the trial judge had failed to warn the jury of the danger of convicting on the unsupported evidence of the young complainant. Cameron, J.A. wrote as follows:

Counsel for the Attorney General is correct in saying corroboration is not required for a conviction on a charge of sexual assault under the *Criminal Code*. Indeed, a trial judge is not to instruct the jury that it is unsafe to find the accused guilty on such a charge in the absence of corroboration. Section 274 of the *Code* makes this clear. Even in the case of a child witness, there is no mandatory requirement that a trial judge give the jury a warning about convicting an accused on the evidence of a child. Section 659 of the *Code* has abrogated any such requirement.

That said, it is open to a trial judge in an appropriate case to warn the jury about potential problems with a witness's testimony, whether the witness be an adult or a child. This is a matter of discretion for the trial judge, and there is no set formula to follow if the trial judge opts to do so: *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, citing *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811 and *R. v. K.(V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338 (B.C.C.A.). [Paras. 49-50] [Emphasis added.]

[66] In *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, the Court found that whether a witness was “unsavoury” or “not credible” should not be based on the judge’s personal assessment. Fish, J. observed:

Though he arrived at a different result, Binnie J. agreed in *Brooks* (at para. 130) that what matters, in determining the need for a clear and sharp warning, is not the judge’s personal opinion as to the trustworthiness of the witness, but whether there are factors which experience shows us as requiring “that the witness’s story be approached with caution”. [Para. 36]

2) Deference

[67] Where a presiding judge decides that a warning is necessary, appellate courts must show deference to that decision. In *R.S.L. v. R.*, 2006 NBCA 64, 300 N.B.R. (2d) 24, this Court addressed the degree of deference that appellate courts should adopt regarding warnings given by trial judges. The appellant in that case was appealing his conviction by a jury on an offence of sexual assault. He contended the trial judge erred in law in giving the jury a warning regarding the uncorroborated testimony of a Crown witness who had been

charged with the same crime with respect to the same complainant. The trial judge had determined the witness was not trustworthy exercised his discretion to caution the jury.

[68] Although our Court was of the opinion that the warning should not have been given, it nevertheless dismissed this ground of appeal on the basis of the deference. At paragraph 56, Richard, J.A. wrote as follows:

M.P. certainly was a unique witness. He initially accepted as true the statement he had given to the police, which contained factual assertions helpful to the Crown. Later, he claimed to have no recollection of those details and, later still, he recanted those portions of his statement and testified favourably for the defence. Overall, credibility issues aside, his testimony was much more favourable to the defence than it was to the Crown and, considering this factor, I would not have given the jury a *Vetrovec* warning. However, appellate courts must give trial judges wide latitude in the exercise of their discretion whether to give a *Vetrovec* warning: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, *R. v. Joyce (K.R.)* (1998), 203 N.B.R. (2d) 1 (C.A.) and *R. v. Eatman (P.L.)* (1999), 222 N.B.R. (2d) 120 (C.A.). Given the high degree of deference expected of appellate courts, I am not prepared to hold that the trial judge erred in law in his instructions to the jury regarding the testimony of M.P. The judge's warning in the present case repeatedly emphasized that M.P.'s evidence might be unreliable to convict but that it might nevertheless give rise to a reasonable doubt. [Para. 56] [Emphasis added.]

[69] On the whole, appellate courts must show deference to trial judges' decisions regarding credibility and the consequent need for a caution regarding uncorroborated testimony.

3) Applying the law to the first ground of appeal

[70] In the present case, the appellant's argument with respect to this ground of appeal is based entirely on two excerpts of the trial judge's oral judgment:

[TRANSLATION]

It is trite law that the Court should be very careful before grounding a conviction on a witness' uncorroborated testimony. [Emphasis added]

[...]

In the absence of corroboration of the complainant's testimony, the Court cannot reach a verdict of guilty beyond a reasonable doubt.

[71] At first glance one could think that the trial judge misdirected himself by raising the issue of corroboration before making a negative finding about Mr. Jensen's credibility. As *Vetrovec* clearly tells us: a conviction can be based on the uncorroborated testimony of a single witness.

[72] It is trite law that parts of reasons for judgment should not be read in isolation. The appellant urges this Court to consider two excerpts from the reasons that, when read in isolation, appear problematic. However, the reasons, when read as a whole contain a detailed analysis of the complainant's testimony, which raise some doubt as to his credibility. First, the judge notes that Mr. Jensen insisted that the respondent invited only young boys to visit him. The trial judge preferred the respondent's version to the effect that he often invited both sexes. Second, the judge noted that Mr. Jensen wished to leave the impression that most of the time he was alone when he went to visit the respondent. The judge concluded he was rarely alone with the accused. Finally, the judge refused to accept Mr. Jensen's testimony that the respondent admitted his guilt during their telephone conversation. It is only after having raised these inconsistencies in Mr. Jensen's testimony that the trial judge concluded that although he did not believe the respondent, he had a reasonable doubt about his guilt. Although the trial judge never expressly described Mr. Jensen as an unsavoury witness, that is what he implied. As required by *Vetrovec*, he made a negative finding on credibility before instructing himself on the dangers of convicting without corroboration or confirmatory evidence. Although in the paragraphs below I express the view that the trial judge erred in his assessment of what constitutes corroboration or confirmatory evidence, I am of the view the first ground of appeal is without merit.

C. *Second ground of appeal: confirmatory evidence*

[73] The appellant's second contention is that the trial judge erred in law in failing to consider relevant corroborative or confirmatory evidence. In *Vetrovec*, Dickson, J., speaking for the Court, explained that a direct link between confirmatory evidence and the prohibited act is not necessary to reinforce the judge's belief that a witness is telling the truth. This is what he said on the subject:

The reason for requiring corroboration is that we believe the witness has good reason to lie. We therefore want some other piece of evidence which tends to convince us that he is telling the truth. Evidence which implicates the accused does indeed serve to accomplish that purpose but it cannot be said that this is the only sort of evidence which will accredit the accomplice. This is because, as Wigmore said, the matter of credibility is an entire thing, not a separable one:

. . . whatever restores our trust in him personally restores it as a whole; if we find that he is desiring and intending to tell a true story, we shall believe one part of his story as well as another; whenever, then, by any means, that trust is restored, our object is accomplished, and it cannot matter whether the efficient circumstance related to the accused's identity or to any other matter. The important thing is not how our trust is restored, but whether it is restored at all [Vol. VII, para. 2059, at p. 424]. [Para. 31] [Emphasis added.]

[74] Confirmatory evidence thus has one and only one goal: to restore the judge's and the jury's confidence in the witness. Moreover, as the Court reminded us in *R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328, "[...] independent evidence, to be considered confirmatory, does not have to implicate the accused" (para. 16) (emphasis in original). See also *R. v. R.D.*, [2004] O.J. No. 2086 (C.A.) (QL), paras. 10, 11. While the confirmatory evidence must be independent of the witness and material, material being interpreted as "important and relevant" (*Khela*, paras. 52, 53), the absence of a link between the confirmatory evidence and the accused's implication in the essential elements of the offence is immaterial.

[75] In his assessment of the evidence, the trial judge concluded that “in the absence of corroboration”, he could not reach a guilty verdict. However, the trial judge’s reasons are replete with examples of corroboration. While those examples are not directly related to an essential element of the offence, they are nevertheless confirmatory or corroborative. Consider the following. Robert Jensen testified that his family was deeply involved in church matters, which confirmed Mr. Jensen’s testimony on the matter. This evidence is relevant because, according to Mr. Jensen, this involvement was one of the reasons that convinced him to hide behind his shame and to remain silent about the alleged sexual touching. Robert Jensen also testified that Mr. Jensen was a “good boy” until he reached 12 or 13. He, who had always done well in school, suddenly and for no apparent reason, turned to drugs and alcohol and began experiencing difficulty at school. This aspect of Robert Jensen’s testimony also confirms Mr. Jensen’s testimony.

[76] Other evidence confirming Mr. Jensen’s version can be found in his interactions with the respondent. For instance, the fact that the telephone conversation between the respondent and Mr. Jensen occurred is corroborative, as is the respondent’s admission, during the course of that conversation, that he is not perfect. Finally, the following excerpt reflects the trial judge’s acknowledgement that Mr. Jensen’s version was corroborated to some extent:

[TRANSLATION]

Although he was able to corroborate Mr. Jensen’s testimony in part, his alibi defence defies credibility and what surrounds it even more so. [Emphasis added.]

[77] The trial judge’s conclusion that Mr. Jensen’s testimony lacked corroboration simply does not square with the evidence and with his own findings. That being the case, I am of the view he erred by concluding that corroborative or confirmatory evidence must be directly related to one or more of the essential elements of the charge. In the event he did not err in that regard, he erred by not considering the

confirmatory evidence available that might have served to rehabilitate Mr. Jensen's testimony. Consequently, I would allow the appeal and order a new trial.