

Barbara George *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GEORGE

2017 SCC 38

File No.: 37372.

Hearing and judgment: April 28, 2017.

Reasons delivered: July 7, 2017.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Defences — Mistake of age — Appeals — Jurisdiction of Court of Appeal — Verdict of acquittal — Accused charged with sexual offences against youth — Availability of mistake of age defence limited by requirement that accused took all reasonable steps to ascertain complainant's age — Whether trial judge made legal errors in reasonable steps analysis — If so, whether errors were sufficiently material to justify appellate intervention — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 150.1(4).

When G was 35 years old, she had sex with C.D., a male youth who was approximately 14 and a half. At the time, she presumed that C.D. was around 17. G was charged with the offences of sexual interference and sexual assault. Her only available defence was mistake of age. Section 150.1(4) of the *Criminal Code* limits the availability of the mistake of age defence by requiring that the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant. The trial judge acquitted G of both offences based on a reasonable doubt about whether the Crown proved that she had failed to take all reasonable steps to determine C.D.'s age. The majority of the Court of Appeal allowed an appeal, quashed the acquittals and ordered a new trial.

Barbara George *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. GEORGE

2017 CSC 38

N° du greffe : 37372.

Audition et jugement : 28 avril 2017.

Motifs déposés : 7 juillet 2017.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Côté.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SAS-KATCHEWAN

Droit criminel — Moyens de défense — Erreur sur l'âge — Appels — Compétence de la Cour d'appel — Verdict d'acquiescement — Accusée inculpée d'infractions sexuelles contre un jeune — Ouverture de la défense d'erreur sur l'âge limitée par l'obligation faite aux accusés de démontrer qu'ils ont pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge des plaignants — Le juge du procès a-t-il commis des erreurs de droit lors de son analyse des mesures raisonnables? — Dans l'affirmative, ces erreurs étaient-elles suffisamment importantes pour justifier l'intervention de la Cour d'appel? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 150.1(4).

Lorsque G était âgée de 35 ans, elle a eu des rapports sexuels avec C.D., un jeune d'approximativement 14 ans et demi. Au moment des faits, elle a présumé que C.D. avait environ 17 ans. G a été accusée de contacts sexuels et d'agression sexuelle. Le seul moyen de défense dont elle disposait était l'erreur sur l'âge. Le paragraphe 150.1(4) du *Code criminel* limite l'ouverture de la défense d'erreur sur l'âge du fait qu'il exige de l'accusé qu'il ait pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant. Le juge du procès a acquitté G des deux infractions pour le motif qu'un doute raisonnable persistait relativement à la question de savoir si le ministère public avait prouvé que G avait omis de prendre toutes les mesures raisonnables pour déterminer l'âge de C.D. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel, annulé les acquiescements et ordonné un nouveau procès.

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

Crown appeals against acquittals in proceedings by indictment are limited to questions of law alone. The trial judgment concerned indictable offences and contained no errors of law. As a result, the Court of Appeal lacked jurisdiction to interfere.

To convict an accused person who demonstrates an air of reality to the mistake of age defence, the Crown must prove beyond a reasonable doubt either that the accused person did not honestly believe the complainant was at least 16 or did not take all reasonable steps to ascertain the complainant's age. Determining what raises a reasonable doubt is a highly contextual, fact-specific exercise. The more reasonable an accused's perception of the complainant's age, the fewer steps reasonably required of them. In this case, the trial judge considered various factors, including C.D.'s physical appearance, behaviour and activities, the age and appearance of C.D.'s social group, and the circumstances in which G had observed C.D.

Whether an error is legal generally turns on its character, not its severity. The majority of the Court of Appeal erred by translating strong opposition to the trial judge's factual inferences into supposed legal errors. The trial judge did not rely on C.D.'s level of sexual experience as revealed by the sexual encounter itself. Rather, the trial judge considered information known to G before sexual contact, such as how C.D. came to her bedroom uninvited and spoke with her for several hours about various topics, many reflecting maturity, others suggestive in nature. No legal error arises from this. This was a reference to C.D.'s conduct in the hours before the sexual contact, a factor reasonably informing G's perception of C.D.'s age before sexual contact. The trial judge also did not err by considering evidence that did not precede the sexual encounter. Reasonable steps must precede the sexual activity but requiring that the evidence to prove reasonable steps must also precede the sexual activity conflates the fact to be proven with the evidence that may be used to prove it. When determining the relevance of evidence, both its purpose and its timing must be considered. Evidence properly informing the credibility or reliability of any witness, even if that evidence arose after the sexual activity in question, may be considered by the trial judge.

Arrêt : L'appel est accueilli et les acquittements sont rétablis.

Les appels susceptibles d'être formés par le ministère public contre un acquittement prononcé à l'égard de procédures sur acte d'accusation se limitent aux appels fondés sur des questions de droit seulement. Le jugement de première instance concernait des actes criminels et ne comportait aucune erreur de droit. En conséquence, la Cour d'appel n'avait pas compétence pour intervenir à l'égard de ce jugement.

Pour que soit déclaré coupable un accusé qui démontre que sa défense d'erreur sur l'âge possède une apparence de vraisemblance, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable soit que l'accusé ne croyait pas sincèrement que le plaignant était âgé d'au moins 16 ans, soit que l'accusé n'a pas pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant. Déterminer s'il existe un doute raisonnable constitue une analyse éminemment contextuelle et tributaire des faits. Plus la perception qu'a l'accusé de l'âge du plaignant est raisonnable, moins le nombre de mesures raisonnablement requises de la part du premier sera élevé. En l'espèce, le juge du procès a examiné divers facteurs tels l'apparence physique, le comportement et les activités de C.D., l'âge et l'apparence des membres du groupe social de C.D., ainsi que les situations dans lesquelles G avait observé celui-ci.

En général, la question de savoir si une erreur constitue une erreur de droit dépend de son caractère, et non de sa gravité. La majorité de la Cour d'appel a fait erreur en assimilant sa forte opposition aux inférences factuelles du juge du procès à de prétendues erreurs de droit. Le juge du procès ne s'est pas appuyé sur le niveau d'expérience sexuelle de C.D. que révélait la relation sexuelle elle-même. Il a plutôt considéré l'information connue de G avant que ne se déroule l'activité sexuelle, par exemple le fait que C.D. était entré dans la chambre à coucher de G sans y être invité et qu'il avait parlé avec elle pendant plusieurs heures de sujets variés, dont bon nombre révélaient de la maturité, alors que d'autres avaient un caractère suggestif. Il n'en découle aucune erreur de droit. Il s'agissait de mentions concernant la conduite de C.D. dans les heures qui ont précédé l'activité sexuelle, facteur ayant raisonnablement contribué, avant l'activité sexuelle, à la perception de G quant à l'âge de C.D. Le juge du procès n'a pas non plus commis d'erreur en considérant des éléments de preuve qui n'étaient pas antérieurs à l'activité sexuelle. Les mesures raisonnables doivent avoir été prises avant l'activité sexuelle, mais exiger que la preuve visant à établir ces mesures soit elle aussi antérieure à l'activité sexuelle confond le fait qui doit être prouvé avec la preuve

Similarly, evidence demonstrating the reasonableness of the accused person's perception of the complainant's age before sexual contact is relevant, even if that evidence happens to arise after the sexual activity or was not known to the accused before the sexual activity.

Even if the trial judge had made legal errors, they would not have justified the intervention of the Court of Appeal. The threshold of materiality required to justify appellate intervention in a Crown appeal from an acquittal is an error about which there is a reasonable degree of certainty of its materiality. That threshold is not met in this case. There was no reasonable degree of certainty that the alleged errors were material to the trial judge's verdict.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Duran*, 2013 ONCA 343, 3 C.R. (7th) 274; *R. v. P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42; *R. v. K. (R.A.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 93; *R. v. Tannas*, 2015 SKCA 61, 21 C.R. (7th) 166; *R. v. Gashikanyi*, 2015 ABCA 1, 588 A.R. 386; *R. v. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481; *R. v. Osborne* (1992), 17 C.R. (4th) 350; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Mastel*, 2011 SKCA 16, 84 C.R. (6th) 405; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 150.1(1), 150.1(2.1), 150.1(4), 151, 153, 271, 273.1(2)(c), 676(1)(a).

Authors Cited

Benedet, Janine. Annotation to *R. v. Mastel* (2011), 84 C.R. (6th) 405.
 Benedet, Janine. Comment on *R. v. Tannas* (2015), 21 C.R. (7th) 166.
 Maleszyk, Anna. *Crimes Against Children: Prosecution and Defence*, vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated April 2017, release 32).

qui peut être utilisée à cette fin. Le tribunal appelé à statuer sur la pertinence d'éléments de preuve doit tenir compte à la fois de l'objectif de ces éléments et de leur chronologie. Le juge du procès peut prendre en compte un élément de preuve qui étaye adéquatement la crédibilité ou la fiabilité de tout témoin, même si cet élément est postérieur à l'activité sexuelle en question. De même, un élément de preuve établissant le caractère raisonnable de la perception de l'accusé quant à l'âge du plaignant avant l'activité sexuelle est pertinent, même si cet élément de preuve est postérieur à l'activité sexuelle, ou n'était pas connu de l'accusé avant l'activité sexuelle.

Même si le juge du procès avait commis des erreurs de droit, ces erreurs n'auraient pas justifié l'intervention de la Cour d'appel. Pour qu'une erreur justifie une cour d'appel d'intervenir dans un appel interjeté par le ministère public contre un acquittement, il doit s'agir d'une erreur dont l'importance présente un degré raisonnable de certitude. Ce seuil n'est pas atteint en l'espèce. Il n'est pas possible de conclure avec un degré raisonnable de certitude que les erreurs reprochées au juge du procès avaient une incidence substantielle sur son verdict.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Duran*, 2013 ONCA 343, 3 C.R. (7th) 274; *R. c. P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42; *R. c. K. (R.A.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 93; *R. c. Tannas*, 2015 SKCA 61, 21 C.R. (7th) 166; *R. c. Gashikanyi*, 2015 ABCA 1, 588 A.R. 386; *R. c. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481; *R. c. Osborne* (1992), 17 C.R. (4th) 350; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Mastel*, 2011 SKCA 16, 84 C.R. (6th) 405; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 150.1(1), 150.1(2.1), 150.1(4), 151, 153, 271, 273.1(2)(c), 676(1)a.

Doctrine et autres documents cités

Benedet, Janine. Annotation to *R. v. Mastel* (2011), 84 C.R. (6th) 405.
 Benedet, Janine. Comment on *R. v. Tannas* (2015), 21 C.R. (7th) 166.
 Maleszyk, Anna. *Crimes Against Children : Prosecution and Defence*, vol. 1, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated April 2017, release 32).

Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law, 5th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.

Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated March 2017, release 25).

Vandervort, Lucinda. “Too Young to Sell Me Sex?!” *Mens Rea, Mistake of Fact, Reckless Exploitation, and the Underage Sex Worker* (2012), 58 *Crim. L.Q.* 355.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Richards C.J. and Jackson and Whitmore J.J.A.), 2016 SKCA 155, 344 C.C.C. (3d) 543, [2016] S.J. No. 637 (QL), 2016 CarswellSask 754 (WL Can.), setting aside the accused’s acquittals for sexual interference and sexual assault entered by Kovach J. and ordering a new trial. Appeal allowed.

Ross Macnab and Thomas Hynes, for the appellant.

Erin Bartsch, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] GASCON J. — At the hearing, the Court allowed the appeal and restored Ms. George’s acquittals, with reasons to follow. These are those reasons.

I. Overview

[2] Sexual crimes are disproportionately committed against vulnerable populations, including youth. The “reasonable steps” requirement in s. 150.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 — which requires an accused person who is five or more years older than a complainant who is 14 years of age or more but under the age of 16, to take “all reasonable steps to ascertain the age of the complainant” before sexual contact — seeks to protect young people from such crimes. It does so by placing the responsibility for preventing adult/youth sexual activity where it belongs: with adults. Parliament’s allocation of responsibility to adults is crucial for protecting

Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law, 5th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff, Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.

Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated March 2017, release 25).

Vandervort, Lucinda. « “Too Young to Sell Me Sex?!” *Mens Rea, Mistake of Fact, Reckless Exploitation, and the Underage Sex Worker* » (2012), 58 *Crim. L.Q.* 355.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (le juge en chef Richards et les juges Jackson et Whitmore), 2016 SKCA 155, 344 C.C.C. (3d) 543, [2016] S.J. No. 637 (QL), 2016 CarswellSask 754 (WL Can.), qui a annulé les acquittements prononcés en faveur de l’accusée par le juge Kovach relativement à des accusations de contacts sexuels et d’agression sexuelle, et qui a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Ross Macnab et Thomas Hynes, pour l’appelante.

Erin Bartsch, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE GASCON — À l’audience, la Cour a accueilli l’appel et rétabli les acquittements prononcés en faveur de M^{me} George, avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

I. Aperçu

[2] Les crimes sexuels sont commis de façon disproportionnée contre des personnes vulnérables, dont les jeunes personnes. L’obligation relative aux « mesures raisonnables » — qui est énoncée au par. 150.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et qui précise que, dans les cas où l’accusé est de cinq ans ou plus l’aîné d’un plaignant âgé d’au moins 14 ans mais de moins de 16 ans, l’accusé doit avoir pris « toutes les mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge du plaignant » avant l’activité sexuelle — vise à protéger les jeunes personnes contre de tels crimes. Elle réalise cet objectif en imposant la responsabilité de prévenir les activités sexuelles entre

young people from sexual crimes. However, through s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*, Parliament limits Crown appeals against acquittals in proceedings by indictment to “question[s] of law alone”. As a result, Parliament has accepted that an acquittal at trial on an indictable offence cannot be overturned unless an error of law was made. As the trial judgment below concerned indictable offences and contained no errors of law, Ms. George’s acquittals were sustained and her appeal was allowed.

II. Context

[3] Ms. George had sex with an adolescent boy, C.D. When the sexual activity took place, Ms. George was 35 years old; C.D. was approximately 14 and a half. The sexual activity was found to be apparently consensual, meaning that both partners willingly participated. In fact, C.D. instigated the sexual encounter, despite Ms. George’s genuine protestations. Still, C.D. was incapable of legally consenting because of the combination of his young age and his age disparity with Ms. George.

[4] The sexual activity happened after Ms. George’s son — who was 17 at the time — hosted a party at their apartment. Ms. George did not foresee sexual activity with C.D. For most of the party, she remained in her bedroom. However, after the party ended, C.D. came to the bedroom. They spoke for several hours about music, custody issues, C.D.’s relationships, and his difficulties meeting mature girlfriends.

[5] Ultimately, C.D. initiated sexual contact. He asked Ms. George if it “would be weird” if he kissed her. Almost simultaneously, C.D. leaned forward to kiss Ms. George. She backed away, but C.D. again

adultes et jeunes personnes à ceux et celles à qui elle incombe : les adultes. Il est crucial que le Parlement assigne cette responsabilité aux adultes afin de protéger les jeunes personnes contre les crimes sexuels. Cependant, aux termes de l’al. 676(1)a du *Code criminel*, le Parlement limite les appels susceptibles d’être formés par le ministère public contre un acquittement prononcé à l’égard de procédures sur acte d’accusation aux appels fondés sur des « question[s] de droit seulement ». Il s’ensuit donc que le Parlement accepte qu’un acquittement prononcé au procès à l’égard d’un acte criminel ne peut pas être annulé, sauf si une erreur de droit a été commise. Comme le jugement de première instance concernait des actes criminels et ne comportait aucune erreur de droit, les acquittements prononcés en faveur de M^{me} George ont été maintenus, et l’appel formé par cette dernière a été accueilli.

II. Contexte

[3] Madame George a eu des rapports sexuels avec un adolescent, C.D. Au moment de l’activité sexuelle, M^{me} George était âgée de 35 ans et C.D. avait environ 14 ans et demi. Il a été jugé que l’activité sexuelle était en apparence consensuelle, ce qui signifie que les deux partenaires y avaient volontairement participé. De fait, c’est C.D. qui en a été l’instigateur, malgré les protestations sincères de M^{me} George. Toutefois, en raison de l’effet conjugué de son jeune âge et de sa différence d’âge avec M^{me} George, C.D. ne pouvait légalement consentir à l’activité sexuelle.

[4] L’activité sexuelle s’est déroulée après une fête organisée par le fils de M^{me} George — qui était âgé de 17 ans au moment des faits — dans l’appartement de ces derniers. Madame George n’avait pas prévu l’activité sexuelle avec C.D. Pendant une grande partie de la fête, elle est restée dans sa chambre. Cependant, une fois la fête terminée, C.D. est entré dans la chambre de M^{me} George, où ils ont parlé pendant plusieurs heures de musique, de questions liées à la garde d’enfants, des relations de C.D. et de ses difficultés à rencontrer des petites amies matures.

[5] Finalement, C.D. a pris l’initiative de l’activité sexuelle. Il a demandé à M^{me} George [TRADUCTION] « s’il serait bizarre » qu’il l’embrasse. Presque simultanément, C.D. s’est penché pour embrasser

moved towards her, and she let him complete a brief kiss. C.D. then “immediately” moved on top of Ms. George, removed the blankets which were covering her body, lowered his pants, and moved her underwear to the side. She asked him what he was doing. She also asked him to stop several times. But he ignored these requests and persisted. In the end, Ms. George “simply let him finish”. She described the sexual encounter as “weird, awkward, and quick”. Despite these facts, there was “no dispute that, although reluctant at first, Ms. George was a willing participant”. Further, before the Court, neither party contested Ms. George’s consent to the sexual activity.

[6] C.D. did not complain to any authorities about his sexual activity with Ms. George; he even proposed that they continue having sex once a week. Rather, the RCMP learned about Ms. George’s sexual activity with C.D. by happenstance. Ms. George applied to join the RCMP, and part of the screening process involved a questionnaire which asked if she had “ever engaged in sexual activity with someone who was under the age of 16”. At the time of the sexual activity, Ms. George had presumed that C.D. was around 17 because, in the several months she had known C.D., he looked that age, shaved, openly smoked cigarettes, easily bought cigarettes, and was a friend of her son (who was himself 17, typically socialized with older peers, and displayed less emotional maturity than C.D.). But the questionnaire prompted her to inquire as to C.D.’s exact age. When she learned that C.D. had actually been 14 and a half at the time of their sexual activity, she “felt panic”. She nevertheless submitted the questionnaire and admitted to the RCMP that she had engaged in sexual activity with a minor. Consequently, she was charged with two *Criminal Code* offences: (1) sexual interference (s. 151); and (2) sexual assault (s. 271).

cette dernière. Elle a reculé, mais C.D. s’est à nouveau approché d’elle, et elle l’a laissé l’embrasser brièvement. C.D. s’est ensuite « immédiatement » placé au-dessus de M^{me} George, il a retiré les couvertures qui recouvraient le corps de celle-ci, puis il a baissé son propre pantalon et écarté les sous-vêtements de M^{me} George. Elle lui a demandé ce qu’il faisait. Elle lui a également demandé à plusieurs reprises d’arrêter, mais il a ignoré ces demandes et a persisté. En fin de compte, M^{me} George « l’a simplement laissé finir ». Elle a décrit en ces termes les rapports sexuels : « bizarres, maladroits et rapides ». Malgré ces faits, il est « incontesté que, bien que réticente au départ, M^{me} George a participé volontairement » à ces rapports. De plus, devant notre Cour, ni l’une ou l’autre des parties n’ont remis en question le fait que M^{me} George avait consenti à l’activité sexuelle.

[6] C.D. ne s’est pas plaint auprès de quelque autorité que ce soit de son activité sexuelle avec M^{me} George; de fait, il a même proposé qu’ils continuent d’avoir des rapports sexuels une fois par semaine. C’est d’ailleurs par hasard que la GRC a appris l’existence de l’activité sexuelle entre C.D. et M^{me} George. En effet, cette dernière a posé sa candidature pour un poste au sein de la GRC et, dans le cadre du processus de sélection, elle devait répondre à une question lui demandant si elle [TRADUCTION] « s’était déjà livrée à une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 16 ans ». Au moment de l’activité sexuelle, M^{me} George a présumé que C.D. avait environ 17 ans, car elle le connaissait depuis plusieurs mois et il paraissait avoir cet âge, il se rasait, il ne se cachait pas pour fumer, il n’avait aucune difficulté à s’acheter des cigarettes et il était un ami de son fils (qui était âgé de 17 ans, fréquentait habituellement des amis plus vieux que lui et démontrait une maturité moins grande que C.D. sur le plan affectif). Mais ce volet du questionnaire a incité M^{me} George à s’enquérir de l’âge exact de C.D. Lorsqu’elle a appris que celui-ci avait en fait 14 ans et demi au moment de leur activité sexuelle, elle a été [TRADUCTION] « prise de panique ». Elle a tout de même soumis le questionnaire et avoué à la GRC s’être livrée à une activité sexuelle avec un mineur. Elle a en conséquence été accusée de deux infractions prévues au *Code criminel* : (1) contacts sexuels (art. 151); et (2) agression sexuelle (art. 271).

[7] For both offences, the *Criminal Code* barred Ms. George from relying on C.D.’s consent as a defence, because C.D. was younger than 16 (s. 150.1(1)) and Ms. George was more than five years his senior (s. 150.1(2.1)). Accordingly, her only available defence — or, more accurately, her only available means of negating her criminal intent (*mens rea*) to have sex with a minor (H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (loose-leaf), at p. 4-24) — was “mistake of age”, i.e. Ms. George believing that C.D. was at least 16. However, the *Criminal Code* limits the availability of the mistake of age defence by requiring that “all reasonable steps” be taken to ascertain the complainant’s age:

150.1 . . .

Mistake of age

(4) It is not a defence to a charge under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2), or section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant was 16 years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant.

[8] At common law, “true crimes” — like those at issue here — would have a purely subjective fault element. However, through statutory intervention, Parliament has imported an objective element into the fault analysis to enhance protections for youth (Stewart, at pp. 4-23 and 4-24). As a result, to convict an accused person who demonstrates an “air of reality” to the mistake of age defence, the Crown must prove, beyond a reasonable doubt, either that the accused person (1) did not honestly believe the complainant was at least 16 (the subjective element); or (2) did not take “all reasonable steps” to ascertain the complainant’s age (the objective element) (Stewart, at p. 4-24; M. Manning, Q.C., and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal*

[7] Dans le cas de ces deux infractions, le *Code criminel* n’autorisait pas M^{me} George à plaider en défense le consentement de C.D., puisque celui-ci était âgé de moins de 16 ans (par. 150.1(1)) et qu’elle-même était de plus de cinq ans son aînée (par. 150.1(2.1)). De ce fait, le seul moyen de défense qu’elle pouvait invoquer — ou, pour être plus précis, le seul moyen dont elle disposait pour réfuter qu’elle avait eu l’intention criminelle (*mens rea*) d’avoir des rapports sexuels avec un mineur (H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (feuilles mobiles), p. 4-24) — était de faire valoir qu’elle avait commis une « erreur sur l’âge », c’est-à-dire qu’elle croyait que C.D. avait au moins 16 ans. Cependant, le *Code criminel* limite l’ouverture de la défense d’erreur sur l’âge en exigeant d’un accusé qu’il ait pris « toutes les mesures raisonnables » pour s’assurer de l’âge du plaignant :

150.1 . . .

Inadmissibilité de l’erreur

(4) Le fait que l’accusé croyait que le plaignant était âgé de seize ans au moins au moment de la perpétration de l’infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée en vertu des articles 151 ou 152, des paragraphes 160(3) ou 173(2) ou des articles 271, 272 ou 273 que si l’accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge du plaignant.

[8] En common law, les [TRADUCTION] « crimes véritables » — du genre de ceux en cause dans la présente affaire — comportent un élément de faute purement subjectif. Toutefois, par voie de dispositions législatives, le Parlement a importé dans l’analyse de la faute un élément objectif afin d’accorder une protection accrue aux jeunes personnes (Stewart, p. 4-23 et 4-24). Par conséquent, pour que soit déclaré coupable un accusé qui démontre que sa défense d’erreur sur l’âge possède une « apparence de vraisemblance », le ministère public doit alors prouver hors de tout doute raisonnable soit que l’accusé (1) ne croyait pas sincèrement que le plaignant était âgé d’au moins 16 ans (l’élément subjectif), soit que l’accusé (2) n’a pas pris « toutes les mesures

Law (5th ed. 2015), at p. 1113 (“*Manning, Mewett & Sankoff*”).

[9] Determining what raises a reasonable doubt in respect of the objective element is a highly contextual, fact-specific exercise (*R. v. Duran*, 2013 ONCA 343, 3 C.R. (7th) 274, at para. 52; *R. v. P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42 (B.C.C.A.), at para. 20; *R. v. K. (R.A.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 93 (N.B.C.A.), at p. 96; Stewart, at p. 4-25; A. Maleszyk, *Crimes Against Children: Prosecution and Defence* (loose-leaf), vol. 1, at p. 11-4). In some cases, it may be reasonable to ask a partner’s age. It would be an error, however, to insist that a reasonable person would ask a partner’s age in every case (see e.g. *R. v. Tannas*, 2015 SKCA 61, 21 C.R. (7th) 166, at para. 27; *R. v. Gashikanyi*, 2015 ABCA 1, 588 A.R. 386, at para. 17). Conversely, it would be an error to assert that a reasonable person would do no more than ask a partner’s age in every case, given the commonly recognized motivation for young people to misrepresent their age (*R. v. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481, at paras. 17, 26, 45 and 51; L. Vandervort, “‘Too Young to Sell Me Sex?!’ *Mens Rea*, Mistake of Fact, Reckless Exploitation, and the Underage Sex Worker” (2012), 58 *Crim. L.Q.* 355, at pp. 360 and 375; J. Benedet, Comment on *R. v. Tannas* (2015), 21 C.R. (7th) 166, at p. 168; Stewart, at p. 4-26.1). Such narrow approaches would contradict the open-ended language of the reasonable steps provision. That said, at least one general rule may be recognized: the more reasonable an accused’s perception of the complainant’s age, the fewer steps reasonably required of them. This follows inevitably from the phrasing of the provision (“all *reasonable* steps”) and reflects the jurisprudence (*R. v. Osborne* (1992), 17 C.R. (4th) 350 (Nfld. C.A.), at para. 64), and academic commentary (*Manning, Mewett & Sankoff*, at p. 1113).

raisonnables » pour s’assurer de l’âge du plaignant (l’élément objectif) (Stewart, p. 4-24; M. Manning, c.r., et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (5^e éd. 2015), p. 1113 (« *Manning, Mewett & Sankoff* »)).

[9] Déterminer si un doute raisonnable se sou-ève à l’égard de l’élément objectif constitue une analyse éminemment contextuelle et tribunaire des faits (*R. c. Duran*, 2013 ONCA 343, 3 C.R. (7th) 274, par. 52; *R. c. P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42 (C.A. C.-B.), par. 20; *R. c. K. (R.A.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 93 (C.A. N.-B.), p. 96; Stewart, p. 4-25; A. Maleszyk, *Crimes Against Children: Prosecution and Defence* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 11-4). Dans certains cas, il est sans doute raisonnable de demander l’âge de son partenaire. Par contre, il serait erroné d’exiger qu’une personne raisonnable s’enquière dans tous les cas de l’âge de son partenaire (voir, p. ex., *R. c. Tannas*, 2015 SKCA 61, 21 C.R. (7th) 166, par. 27; *R. c. Gashikanyi*, 2015 ABCA 1, 588 A.R. 386, par. 17). À l’inverse, il serait erroné de prétendre qu’une personne raisonnable se contenterait dans tous les cas de simplement demander à son partenaire quel est son âge, vu la motivation — généralement reconnue — qu’ont les jeunes à mentir au sujet de leur âge (*R. c. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481, par. 17, 26, 45 et 51; L. Vandervort, « “Too Young to Sell Me Sex?!” *Mens Rea*, Mistake of Fact, Reckless Exploitation, and the Underage Sex Worker » (2012), 58 *Crim. L.Q.* 355, p. 360 et 375; J. Benedet, Comment on *R. v. Tannas* (2015), 21 C.R. (7th) 166, p. 168; Stewart, p. 4-26.1). De telles interprétations restrictives iraient à l’encontre du libellé non limitatif de la disposition relative aux mesures raisonnables. Cela dit, au moins une règle générale peut être dégagée : plus la perception qu’a l’accusé de l’âge du plaignant est raisonnable, moins le nombre de mesures raisonnablement requises de la part du premier sera élevé. Cette conclusion découle inéluctablement du libellé de la disposition (« toutes les mesures *raisonnables* »), en plus de refléter la jurisprudence (*R. c. Osborne* (1992), 17 C.R. (4th) 350 (C.A. T.-N.), par. 64) et la doctrine (*Manning, Mewett & Sankoff*, p. 1113).

III. Judicial History

[10] At trial, Kovach J. acquitted Ms. George of both offences. He noted that the reasonable steps inquiry is contextual, and he considered various factors, including C.D.'s physical appearance, behaviour and activities, the age and appearance of C.D.'s social group, and the circumstances in which Ms. George had observed C.D. After a detailed review of these factors, Kovach J. ruled that there remained a reasonable doubt about whether the Crown proved that she had failed to take all reasonable steps to determine C.D.'s age.

[11] The Court of Appeal's judgment included majority and dissenting opinions. They were divided on two points: (1) whether Kovach J. had made any legal errors, a statutory requirement for Crown appeals from acquittals for indictable offences (*Criminal Code*, s. 676(1)(a); *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at para. 24); and (2) whether those errors were sufficiently material to the verdict, a jurisprudential requirement for such appeals (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14).

[12] Richards C.J.S., writing for the majority, allowed the appeal, quashed the acquittals and ordered a new trial (2016 SKCA 155, 344 C.C.C. (3d) 543, at paras. 50-51). He held that Kovach J. had erred in law in two ways: (1) by considering evidence from during or after the sexual encounter in assessing the reasonableness of the steps taken by Ms. George before the encounter; and (2) by relying on questionable factual inferences regarding whether C.D. may have looked mature for his age at the time of the sexual activity (paras. 41-46). He also ruled that those legal errors were "central" to Kovach J.'s analysis,

III. Décisions des juridictions inférieures

[10] Au procès, le juge Kovach a acquitté M^{me} George des deux infractions. Il a souligné le caractère contextuel de l'analyse concernant les mesures raisonnables, puis examiné divers facteurs tels l'apparence physique, le comportement et les activités de C.D., l'âge et l'apparence des membres du groupe social de C.D., ainsi que les situations dans lesquelles M^{me} George avait observé celui-ci. Au terme d'un examen détaillé de ces facteurs, le juge Kovach a conclu qu'un doute raisonnable persistait relativement à la question de savoir si le ministère public avait prouvé que M^{me} George avait omis de prendre toutes les mesures raisonnables pour déterminer l'âge de C.D.

[11] L'arrêt de la Cour d'appel était constitué d'une opinion majoritaire et d'une opinion minoritaire. Ces opinions divergeaient sur deux aspects : (1) la question de savoir si le juge Kovach avait commis des erreurs de droit, une condition fixée par la loi pour que le ministère public puisse appeler d'un acquittement prononcé à l'égard d'un acte criminel (*Code criminel*, al. 676(1)a); *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, par. 24); et (2) la question de savoir si ces erreurs avaient eu une incidence suffisamment importante sur le verdict, une exigence d'origine jurisprudentielle applicable à l'égard de tels appels (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14).

[12] S'exprimant au nom de la majorité, le juge en chef Richards a accueilli l'appel, annulé les acquittements et ordonné un nouveau procès (2016 SKCA 155, 344 C.C.C. (3d) 543, par. 50-51). Il a conclu que le juge Kovach avait commis deux erreurs de droit : (1) d'une part en considérant des éléments de preuve concomitants ou postérieurs à l'activité sexuelle dans son appréciation du caractère raisonnable des mesures prises par M^{me} George avant l'activité; (2) d'autre part en s'appuyant sur des inférences factuelles douteuses concernant la possibilité que C.D. ait présenté une apparence mature pour son

thus demonstrating their materiality to the verdict and justifying appellate intervention (paras. 48-49).

[13] In contrast, Jackson J.A., dissenting, would have dismissed the appeal and upheld the acquittals (para. 100). In her view, Kovach J. had made no legal errors (para. 89). Specifically, the errors which Richards C.J.S. alleged to be legal related instead to disagreement over factual inferences drawn by the trial judge (paras. 77-80, 85-88 and 92). In the alternative, Jackson J.A. held that the errors which Richard C.J.S. identified, if legal, were insufficiently material to justify appellate intervention because she was not satisfied that the verdict would not “necessarily” have been the same without those errors (paras. 73, 94 and 99). At multiple points in her reasons, Jackson J.A. also felt it necessary to remark that this case lacked the hallmarks of sex crimes involving children, such as grooming and deliberate exploitation of vulnerability (paras. 65-67, 96(d) to (f) and 97).

IV. Issues

[14] This case raises two issues: (1) whether the trial judge made any legal errors in his reasonable steps analysis; and (2) if he did, whether those errors were sufficiently material to justify appellate intervention.

V. Analysis

[15] A careful review of the trial judge’s reasons reveals no legal errors. As a result, the Court of Appeal lacked jurisdiction to interfere with the trial judgment.

âge au moment de l’activité sexuelle (par. 41-46). Il a également conclu que ces erreurs de droit portaient sur des facteurs [TRADUCTION] « fondamentaux » de l’analyse du juge Kovach, ce qui démontrait leur importance sur le verdict et justifiait l’intervention de la Cour d’appel (par. 48-49).

[13] À l’inverse, la juge d’appel Jackson a exprimé sa dissidence et elle aurait pour sa part rejeté l’appel et confirmé les acquittements (par. 100). À son avis, le juge Kovach n’avait commis aucune erreur de droit (par. 89). Plus précisément, les erreurs que le juge en chef Richards considéraient comme des erreurs de droit constituaient plutôt selon elle un désaccord sur des inférences factuelles tirées par le juge du procès (par. 77-80, 85-88 et 92). Subsidièrement, la juge Jackson a conclu que les erreurs constatées par le juge en chef Richards, si tant est qu’elles constituaient des erreurs de droit, n’étaient toutefois pas suffisamment importantes pour justifier l’intervention de la Cour d’appel, car elle n’était pas convaincue que le verdict n’aurait pas « nécessairement » été le même en l’absence de ces erreurs (par. 73, 94 et 99). À de nombreuses reprises dans ses motifs, la juge Jackson a également estimé nécessaire de souligner que cette affaire ne présentait pas les caractéristiques des crimes sexuels visant des enfants, par exemple la manipulation psychologique de ceux-ci et l’exploitation délibérée de leur vulnérabilité (par. 65-67, 96(d) à (f) et 97).

IV. Questions en litige

[14] Le présent pourvoi soulève deux questions : (1) Le juge du procès a-t-il commis des erreurs de droit lors de son analyse des mesures raisonnables? (2) Dans l’affirmative, ces erreurs étaient-elles suffisamment importantes pour justifier l’intervention de la Cour d’appel?

V. Analyse

[15] Il ressort d’un examen attentif des motifs du juge du procès que celui-ci n’a commis aucune erreur de droit. En conséquence, la Cour d’appel n’avait pas compétence pour intervenir à l’égard du jugement de ce dernier.

[16] I note, at the outset, that the trial judge correctly articulated the governing legal principles and cited multiple leading authorities. Of course, simply stating the correct legal test does not exhaust our inquiry and cannot insulate a trial judge from legal errors. But it helpfully orients our remaining analysis to whether the trial judge’s application of those principles reveals any legal errors.

[17] Whether an error is “legal” generally turns on its character, not its severity (*J.M.H.*, at paras. 24-39). In this case, the majority confused these two concepts; it translated its strong opposition to the trial judge’s factual inferences (severity) into supposed legal errors (character). Here, that was an improper approach, and it disregarded the restraint required by Parliament’s choice to limit Crown appeals from acquittals in proceedings by indictment to “question[s] of law alone” (*Criminal Code*, s. 676(1)(a)).

[18] First of all, it goes without saying that an accused person cannot rely on the impugned sexual activity itself as a reasonable step in ascertaining the complainant’s age before the sexual activity. With this in mind, the majority claimed that the trial judge had improperly relied on “C.D.’s level of sexual experience as revealed by the sexual encounter itself” in determining whether Ms. George had taken all reasonable steps before the sexual activity (para. 47). However, this misconstrues the trial judge’s reasons when they are read as a whole and in context, as required (*R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193, at pp. 203-4). The trial judge explained:

The most compelling activity engaged in by [C.D.] suggestive of a level of maturity beyond his years, was the sexual encounter itself. Not the mere fact of sexual

[16] D’entrée de jeu, je constate que le juge du procès a énoncé avec justesse les principes de droit applicables et s’est référé à plusieurs arrêts faisant autorité à cet égard. Évidemment, le simple fait que le juge du procès ait exposé la bonne analyse juridique ne met pas fin à notre examen et ne met pas celui-ci à l’abri d’erreurs de droit. Mais ce fait oriente utilement le reste de notre examen visant à déterminer si l’application des principes en question par le juge du procès a donné lieu à des erreurs de droit.

[17] En général, la question de savoir si une erreur constitue une erreur « de droit » dépend de son caractère, et non de sa gravité (*J.M.H.*, par. 24-39). Dans la présente affaire, la majorité de la Cour d’appel a confondu ces deux concepts, assimilant sa forte opposition aux inférences factuelles du juge du procès (gravité) à de prétendues erreurs de droit (caractère). En l’espèce, il s’agissait d’une approche inappropriée, qui faisait abstraction de la retenue requise de la part des cours d’appel par la décision du Parlement de limiter aux « question[s] de droit seulement » les appels susceptibles d’être formés par le ministère public contre les acquittements prononcés à l’égard de procédures sur acte d’accusation (*Code criminel*, al. 676(1)a)).

[18] Tout d’abord, il va sans dire qu’un accusé ne saurait invoquer l’activité sexuelle reprochée elle-même comme une mesure raisonnable ayant permis de s’assurer de l’âge du plaignant avant l’activité en question. Sur cette base, les juges majoritaires ont conclu que le juge du procès s’était à tort appuyé sur [TRADUCTION] « le niveau d’expérience sexuelle de C.D. que révélait la relation sexuelle elle-même » pour décider si M^{me} George avait pris toutes les mesures raisonnables avant l’activité sexuelle (par. 47). Toutefois, cette conclusion constitue une interprétation erronée des motifs du juge du procès lorsque, comme il se doit, on les considère globalement et contextuellement (*R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193, p. 203-204). Le juge du procès a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION] L’activité la plus évocatrice d’un niveau de maturité supérieur à celui d’une personne de son âge c’est l’activité sexuelle elle-même à laquelle s’est livré

intercourse with a significantly older female partner, but, rather, the obvious level of comfort with which he approached the encounter . . . [Emphasis added.]

(Trial Transcript, A.R., at p. 11)

[19] Considered in conjunction with the trial judge’s unambiguous recognition that all reasonable steps must precede sexual contact, C.D.’s “obvious level of comfort” with how he “approached” the encounter must refer to how C.D. came to Ms. George’s bedroom uninvited and spoke with her for several hours about various topics, many reflecting maturity, and others suggestive in nature. All of this information was known to Ms. George before the sexual contact. According to the trial judge, this was one of many factors reasonably informing her perception of C.D.’s age before sexual contact. No legal error arises from this.

[20] Admittedly, the trial judge considered other evidence that did not precede the sexual encounter. The majority considered this to be a further legal error. But it is not. As noted, Ms. George’s reasonable steps must precede her sexual activity with C.D.; the trial judge expressly recognized this. But it does not follow that the evidence she tenders must also precede her sexual activity with C.D. Such an interpretation conflates the fact to be proven with the evidence that may be used to prove it.

[21] When determining the relevance of evidence in this context, both its purpose and its timing must be considered. Evidence demonstrating steps taken after the sexual activity to ascertain a complainant’s age — for example, the accused person checking the complainant’s photographic identification immediately after the sexual activity — is irrelevant to the reasonable steps inquiry. As a result, considering such evidence would amount to a legal error, as it reveals

[C.D.]. Ce n’est pas le simple fait qu’il ait eu des rapports sexuels avec une femme beaucoup plus âgée, mais plutôt l’aisance évidente avec laquelle il a abordé ces rapports . . . [Je souligne.]

(Transcription du procès, d.a., p. 11)

[19] Considérée conjointement avec la reconnaissance non ambiguë par le juge du procès du fait que toutes les mesures raisonnables doivent être prises préalablement à l’activité sexuelle, l’[TRADUCTION] « aisance évidente » avec laquelle C.D. a « abordé » l’activité en question doit s’entendre du fait que C.D. est entré dans la chambre à coucher de M^{me} George sans y être invité et qu’il a parlé avec elle pendant plusieurs heures de sujets variés, dont bon nombre révélaient de la maturité, alors que d’autres avaient un caractère suggestif. Toute cette information était connue de M^{me} George avant que ne se déroule l’activité sexuelle. Selon le juge du procès, il s’agissait là d’un des nombreux facteurs ayant raisonnablement contribué, avant l’activité sexuelle, à la perception de M^{me} George quant à l’âge de C.D. Cette conclusion ne révèle aucune erreur de droit.

[20] Il est vrai que le juge du procès a considéré d’autres éléments de preuve qui n’étaient pas antérieurs à l’activité sexuelle. Les juges majoritaires ont estimé que cela constituait une autre erreur de droit. Mais ce n’est pas le cas. Comme il a été précisé plus tôt, les mesures raisonnables prises par M^{me} George doivent l’avoir été avant son activité sexuelle avec C.D., ce qu’a expressément reconnu le juge du procès. Il ne s’ensuit pas pour autant que la preuve présentée par M^{me} George devait elle aussi porter sur des aspects antérieurs à son activité sexuelle avec C.D. Une telle interprétation confond le fait qui doit être prouvé avec la preuve qui peut être utilisée à cette fin.

[21] Le tribunal appelé à statuer sur la pertinence d’éléments de preuve dans un tel contexte doit tenir compte à la fois de l’objectif de ces éléments et de leur chronologie. Des éléments de preuve démontrant la prise de mesures par l’accusé après l’activité sexuelle pour s’assurer de l’âge du plaignant — par exemple la vérification par l’accusé, immédiatement après l’activité sexuelle, d’une carte d’identité du plaignant munie d’une photo — n’est pas pertinente

a “misapprehension of . . . legal principle” (*J.M.H.*, at para. 29). However, evidence properly informing the credibility or reliability of any witness, even if that evidence arose after the sexual activity in question, may be considered by the trial judge. Similarly, evidence demonstrating the reasonableness of the accused person’s perception of the complainant’s age before sexual contact is relevant to adjudicating the reasonableness of the steps taken by the accused person (*Duran*, at paras. 51-54), even if that evidence happens to arise after the sexual activity or was not known to the accused before the sexual activity (see e.g. *Osborne*, at para. 22(4) and (5)).

[22] For example, consider a photograph of an underage complainant taken a week after impugned sexual activity, in which the complainant looks as old as 21. The adult charged with assaulting the complainant could not have relied on viewing the photograph itself as one of their reasonable steps, because it was taken after the sexual activity occurred. But that is not the purpose for which the photograph would be tendered as evidence. Rather, the photograph would be tendered as evidence for the purpose of proving the complainant’s physical appearance around the time of the sexual activity, which could, depending on the circumstances, be relevant to the reasonableness of the accused person’s perception of the complainant’s age.

[23] The evidence arising after the sexual activity considered by the trial judge in this case, to which the majority objected (at para. 34), did not detract from and was consistent with Ms. George’s testimony as to how C.D. appeared to her and acted in her presence during the several months they knew each other before the sexual encounter. To that extent, it was admissible for the purpose of assessing her credibility at large, which included her testimony as to how the complainant appeared to her in the months preceding the sexual activity.

pour l’examen des mesures raisonnables. La prise en considération de tels éléments de preuve constituerait donc une erreur de droit, puisqu’elle révélerait une « mauvaise compréhension d’un principe juridique » (*J.M.H.*, par. 29). Cependant, le juge du procès peut prendre en compte un élément de preuve qui étaye adéquatement la crédibilité ou la fiabilité de tout témoin, même si cet élément est postérieur à l’activité sexuelle en question. De même, un élément de preuve établissant le caractère raisonnable de la perception de l’accusé quant à l’âge du plaignant avant l’activité sexuelle est pertinent pour statuer sur le caractère raisonnable des mesures prises par l’accusé (*Duran*, par. 51-54), et ce, même si cet élément de preuve est postérieur à l’activité sexuelle, ou n’était pas connu de l’accusé avant l’activité sexuelle (voir, p. ex., *Osborne*, par. 22(4) et (5)).

[22] Par exemple, pensons à une photo d’un plaignant mineur, qui aurait été prise une semaine après l’activité sexuelle en cause et sur laquelle le plaignant semble être âgé de 21 ans. L’adulte accusé d’agression sexuelle à l’endroit de ce plaignant n’aurait pas pu utiliser cette photo comme mesure raisonnable, étant donné qu’elle a été prise après que soit survenue l’activité sexuelle. Mais ce n’est pas l’objectif pour lequel la photo serait soumise en preuve. Elle serait plutôt présentée afin de prouver l’apparence physique du plaignant durant la période où a eu lieu l’activité sexuelle, et elle pourrait, selon les circonstances, se révéler pertinente pour juger du caractère raisonnable de la perception de l’accusé concernant l’âge du plaignant.

[23] Les éléments de preuve postérieurs à l’activité sexuelle qui ont été pris en compte par le juge du procès en l’espèce, et à l’égard desquels les juges majoritaires ont exprimé leur désaccord (par. 34), ne discréditaient pas le témoignage de M^{me} George concernant l’apparence de C.D. à ses yeux ou le comportement de celui-ci en sa présence au cours des quelques mois où ils se sont côtoyés avant l’activité sexuelle, et ils étaient compatibles avec ce témoignage. Dans cette mesure, ces éléments étaient admissibles pour évaluer la crédibilité de M^{me} George en général, y compris son témoignage au sujet de sa perception du plaignant au cours des mois ayant précédé l’activité sexuelle.

[24] While one may disagree with the weight the trial judge gave this evidence, no legal error arises from mere disagreements over factual inferences or the weight of evidence (*J.M.H.*, at para. 28). Indeed, many of the majority's comments reveal that its discomfort with this evidence was not because it was irrelevant (which would have illustrated a misconception of principle, a legal issue: *ibid.*, at para. 29), but because its relevance was marginal (a factual issue). The trier of fact is best situated to assign weight to evidence. In any event, if the Crown objects to inferences about a complainant's physical appearance at a younger age, it is permitted to tender direct evidence of that physical appearance (for example, a photograph). The majority's view that the trial judge could not draw such an inference because Ms. George had failed to tender evidence proving that C.D.'s appearance "had not changed" between ages 14 and 17 (para. 46) suggests that the trier of fact is prohibited from drawing factual inferences. To the contrary, factual inferences are a necessary means through which triers of fact consider all of the evidence (direct and indirect) before them.

[25] Given the above, the Court of Appeal lacked jurisdiction to review the trial judge's decision. On that basis, the Court allowed the appeal. That said, two final points arising from the dissent merit brief consideration.

[26] First, the dissenting judge felt it necessary to comment on how this case lacks the hallmarks of sex crimes against children, including grooming and exploitation of vulnerability (paras. 65-67, 96(d) to (f) and 97). But no such hallmarks are required for the offences at issue. It is a criminal offence to sexually touch a child who is 14 years of age or more but younger than 16 when you are five or more years their senior, even if you honestly believe they are older than 16, unless you have taken "all reasonable

[24] Bien que l'on puisse être en désaccord avec le poids que le juge du procès a accordé à ces éléments de preuve, aucune erreur de droit ne découle de simples divergences d'opinions sur des inférences factuelles ou sur le poids de la preuve (*J.M.H.*, par. 28). D'ailleurs, bon nombre de commentaires des juges majoritaires indiquent que leur inconfort par rapport à ces éléments ne reposait pas sur l'absence de pertinence de ceux-ci (situation qui aurait révélé l'existence d'une interprétation erronée d'un principe, une question de droit : *ibid.*, par. 29), mais plutôt sur leur faible pertinence (une question de fait). Le juge du procès est le mieux placé pour déterminer le poids qui doit être accordé à la preuve. Quoi qu'il en soit, si le ministère public conteste les inférences tirées au sujet de l'apparence physique d'un plaignant lorsqu'il était plus jeune, il lui est permis de présenter des preuves directes de cette apparence physique (une photo par exemple). L'opinion des juges majoritaires selon laquelle le juge du procès ne pouvait tirer une telle inférence, étant donné que M^{me} George n'avait pas soumis de preuve établissant que l'apparence de C.D. [TRADUCTION] « n'avait pas changé » de 14 à 17 ans (par. 46), laisse entendre que le juge des faits ne peut tirer d'inférences factuelles. Au contraire, de telles inférences constituent la démarche essentielle par laquelle le juge des faits considère l'ensemble des éléments de preuve (directe et indirecte) qui lui sont soumis.

[25] Compte tenu de ce qui précède, la Cour d'appel n'avait pas compétence pour contrôler la décision du juge du procès. Pour cette raison, notre Cour a accueilli le pourvoi. Cela dit, deux derniers points soulevés dans la dissidence de la Cour d'appel méritent un bref examen.

[26] Premièrement, la juge dissidente a considéré nécessaire de mentionner que la présente affaire ne présentait pas les caractéristiques habituelles des crimes sexuels contre les enfants, notamment la manipulation psychologique de ceux-ci et l'exploitation de leur vulnérabilité (par. 65-67, 96(d) à (f) et 97). Mais aucune de ces caractéristiques n'est requise pour les infractions en cause. Comment un acte criminel la personne qui touche à des fins d'ordre sexuel un enfant âgé d'au moins 14 ans mais de

steps” to ascertain their age; nothing more is required (Benedet, at p. 167). Indeed, to suggest that exploitation is a requirement for the offence belies (1) the scheme of the *Criminal Code*, which already prohibits sexual exploitation (s. 153) and sexual activity where “consent” is procured through abuse of trust, power or authority (s. 273.1(2)(c)); and (2) Parliament’s recognition that adult/youth sexual relationships are inherently exploitative. To the extent that the dissent was suggesting that such ancillary considerations are necessary in proving all sex crimes against children, I reject that proposition. To be clear, overt indicia of exploitation may diminish the credibility of an accused person’s purported mistaken belief in the complainant’s age, or the reasonableness of the steps taken by that accused person (see e.g. *Dragos*, at para. 52; *R. v. Mastel*, 2011 SKCA 16, 84 C.R. (6th) 405, at para. 18; J. Benedet, Annotation to *R. v. Mastel* (2015), 84 C.R. (6th) 405, at p. 406), but they are not required for the offence itself to be made out.

[27] Second, the dissent stated that, to overturn an acquittal, an appellate court must be satisfied that the verdict would “not necessarily have been the same” without the trial judge’s legal errors (paras. 74 and 99, see also paras. 73 and 94). If the dissent was implying that an appellate court can overturn an acquittal where it is merely possible that the verdict would have changed, that is too low a threshold. This Court has used various phrasings to articulate the threshold of materiality required to justify appellate intervention in a Crown appeal from an acquittal. An “abstract or purely hypothetical possibility” of materiality is below the threshold (*Graveline*, at para. 14). An error that “would necessarily” have been material is above the threshold (*ibid.*, at paras. 14-15; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374). And an error about which there is a “reasonable degree of certainty” of

moins de 16 ans, si cette personne est de plus de cinq ans l’aînée de cet enfant, et ce, même si elle croit sincèrement que l’enfant est âgé de plus de 16 ans, sauf si elle a pris « toutes les mesures raisonnables » pour s’assurer de son âge; rien de plus n’est requis (Benedet, p. 167). D’ailleurs, le fait de suggérer que l’exploitation est un élément essentiel de l’infraction va à l’encontre (1) de l’économie du *Code criminel*, lequel interdit déjà l’exploitation sexuelle (art. 153) et les activités sexuelles où l’accusé a obtenu le « consentement » par abus de confiance ou de pouvoir (al. 273.1(2)c); et (2) de la reconnaissance par le Parlement que les relations sexuelles entre un adulte et un adolescent constituent intrinsèquement un acte d’exploitation. Dans la mesure où la juge dissidente a conclu que de telles considérations incidentes sont nécessaires pour faire la preuve de tout crime sexuel contre un enfant, je rejette cette proposition. Il va de soi que des indices manifestes d’exploitation peuvent miner la crédibilité de la prétendue croyance erronée d’un accusé quant à l’âge du plaignant, ou encore le caractère raisonnable des mesures prises par cet accusé (voir, p. ex., *Dragos*, par. 52; *R. c. Mastel*, 2011 SKCA 16, 84 C.R. (6th) 405, par. 18; J. Benedet, Annotation to *R. v. Mastel* (2015), 84 C.R. (6th) 405, p. 406), mais ils ne sont pas nécessaires pour que l’infraction soit établie.

[27] Deuxièmement, la juge dissidente a déclaré que, pour être justifiée d’annuler un acquittement, une cour d’appel doit être convaincue que le verdict [TRADUCTION] « n’aurait pas nécessairement été le même » n’eût été les erreurs de droit commises par le juge du procès (par. 74 et 99, voir également les par. 73 et 94). Si par là la juge dissidente sous-entendait qu’une cour d’appel peut annuler un acquittement en présence d’une simple possibilité qu’un verdict différent aurait pu être prononcé, un tel seuil serait trop peu élevé. Notre Cour a formulé de différentes façons le degré d’importance que doit présenter une erreur pour qu’une cour d’appel soit justifiée d’intervenir dans un recours intenté par le ministère public contre un acquittement. Une « possibilité abstraite ou purement hypothétique » ne suffit pas (*Graveline*, par. 14). Une erreur qui « aurait

its materiality is at the required threshold (*Graveline*, at paras. 14-15; *Morin*, at p. 374).

[28] That threshold is not met here. The allegations of errors on the trial judge's part that have arguable merit relate to two pieces of corroborative evidence. Further, that evidence was surrounded by alternate evidence — including C.D.'s physical appearance, behaviour and activities, the age and appearance of C.D.'s social group, and the circumstances in which Ms. George had observed C.D. — all of which supported the trial judge's view that reasonable doubt remained in respect of whether the Crown had proven that Ms. George failed to meet the reasonable steps requirement. In my view, there was no reasonable degree of certainty that the trial judge's controversial inferences were material to his verdict. It follows that, even if these inferences had amounted to legal errors, they would not have justified appellate intervention in any event.

VI. Conclusion

[29] As explained in these reasons, the trial judge's factual inferences did not amount to legal errors conferring appellate jurisdiction in this case. This is why, at the hearing, the Court allowed the appeal, and restored Ms. George's acquittals.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Gerrand Rath Johnson, Regina.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

nécessairement » eu une incidence substantielle sur le verdict dépasse ce seuil (*ibid.*, par. 14-15; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 374). Et une erreur dont l'importance présente un « degré raisonnable de certitude » correspond au seuil requis (*Graveline*, par. 14-15; *Morin*, p. 374).

[28] Ce seuil n'est pas atteint en l'espèce. Les erreurs par ailleurs soutenables qui sont reprochées au juge du procès se rapportent à deux éléments de preuve corroborants. De plus, ces éléments de preuve étaient accompagnés d'autres éléments de preuve — notamment l'apparence physique, le comportement et les activités de C.D., l'âge et l'apparence des membres du groupe social de C.D., et les situations dans lesquelles M^{me} George avait observé celui-ci — qui étayaient tous l'opinion du juge du procès selon laquelle il subsistait un doute quant à la question de savoir si le ministère public avait fait la preuve que M^{me} George ne s'était pas conformée à l'obligation qui lui incombait d'avoir pris des mesures raisonnables. À mon avis, il n'était pas possible de conclure avec un degré raisonnable de certitude que les inférences controversées du juge du procès avaient un caractère substantiel dans son verdict. Il s'ensuit donc que, même si ces inférences avaient constitué des erreurs de droit, elles ne justifiaient pas l'intervention de la Cour d'appel.

VI. Conclusion

[29] Comme il a été expliqué dans les présents motifs, les inférences factuelles du juge du procès n'ont pas entraîné d'erreurs de droit conférant compétence à une juridiction d'appel en l'espèce. C'est pourquoi, à l'audience, la Cour a accueilli l'appel et rétabli les acquittements prononcés en faveur de M^{me} George.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante : Gerrand Rath Johnson, Regina.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.