

Her Majesty The Queen *Appellant***Sa Majesté la Reine** *Appelante*

v.

c.

P. L. S. *Respondent***a P. L. S.** *Intimé*

INDEXED AS: R. v. S. (P.L.)

RÉPERTORIÉ: R. c. S. (P.L.)

File No.: 22012.

b N° du greffe: 22012.

1991: January 25; 1991: May 16.

1991: 25 janvier; 1991: 16 mai.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.
cON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Criminal law — Sexual assault — Interpretation of what constitutes offence — Accused convicted of seven counts of sexual assault — Trial judge erring by considering cumulative effect of evidence on each count — Court of Appeal overturning convictions — Whether Court of Appeal misinterpreted Chase decision — Whether convictions can be restored despite trial judge's error — Whether new trial should be ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (ii), (b)(ii), (iii), (2).

Droit criminel — Agression sexuelle — Interprétation de ce qui constitue l'infraction — L'accusé a été reconnu coupable quant à sept chefs d'accusation d'agression sexuelle — Le juge du procès a commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des témoignages relativement à chaque chef d'accusation — La Cour d'appel a annulé les déclarations de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle mal interprété l'arrêt Chase? — Les déclarations de culpabilité peuvent-elles être rétablies malgré l'erreur du juge du procès? — La tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i), (ii), b)(ii), (iii), (2).

Criminal law — Appeal — Powers of Court of Appeal — Accused convicted of seven counts of sexual assault — Trial judge erring by considering cumulative effect of evidence on each count — Court of Appeal misinterpreting Chase decision and overturning convictions — Whether convictions can be restored despite trial judge's error — Whether new trial should be ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (ii), (b)(ii), (iii), (2).

Droit criminel — Appel — Pouvoirs de la Cour d'appel — L'accusé a été reconnu coupable quant à sept chefs d'accusation d'agression sexuelle — Le juge du procès a commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des témoignages relativement à chaque chef d'accusation — La Cour d'appel a mal interprété l'arrêt Chase et a annulé les déclarations de culpabilité — Les déclarations de culpabilité peuvent-elles être rétablies malgré l'erreur du juge du procès? — La tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i), (ii), b)(ii), (iii), (2).

Respondent, a school teacher, was charged with sexual assault of seven of his male pupils, who were nine and ten years old when the incidents occurred. He was convicted on all seven counts, two of which involved allegations of penile touching. The majority of the Court of Appeal found that the trial judge had erred by considering the cumulative effect of the evidence of all the complainants in determining the respondent's guilt on

i L'intimé, qui est instituteur, a été accusé d'avoir agressé sexuellement sept garçons qui étaient ses élèves et qui avaient neuf ou dix ans lorsque les incidents se sont produits. Il a été reconnu coupable quant aux sept chefs d'accusation dont deux comportaient des allégations d'attouchement au pénis. La Cour d'appel, à la majorité, a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des

each count, owing to a misapplication of the similar facts rule. It also found that an objective assessment of the circumstances did not support any inference of sexual intent or gratification on respondent's part and that the evidence relevant to each charge was insufficient to sustain any of the convictions. It entered acquittals on all counts. The minority would have maintained the convictions on the two counts involving penile touching. This is a Crown appeal from the acquittals on these two counts.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

By concluding that sexual assault was not established because there was insufficient proof of sexual motivation, the majority of the Court of Appeal in effect converted the offence of sexual assault to one of specific intent, contrary to this Court's decision in *Chase*, which held that the offence is one of general intent and that the intent of the person committing the act is only one of the factors to be considered in determining whether the overall conduct had a sexual context.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ.: The Court has no jurisdiction to restore the convictions and should direct a new trial in this case. The Court of Appeal's role in an appeal founded on s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* is to determine whether on the facts that were before the trier of fact a jury properly instructed and acting reasonably could convict. The exercise of this power is predicated on the accused's having had a proper trial on legally admissible evidence accompanied by instructions that are correct in law. If the Court of Appeal finds an error of law with the result that the accused has not had a trial in which the legal rules have been observed, then the accused is entitled to an acquittal or a new trial in accordance with the law. The court cannot substitute its opinion for that of the trial court that the evidence proves guilt beyond a reasonable doubt, except where the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. If a Court of Appeal had the power to decide an appeal in which evidence was improperly admitted at trial by

témoignages de tous les plaignants pour décider de la culpabilité de l'intimé relativement à chaque chef d'accusation, en raison d'une application fautive de la règle des faits similaires. Elle a également conclu qu'un examen objectif des circonstances ne permettait pas de conclure à l'existence d'une intention ou d'un plaisir d'ordre sexuel de la part de l'intimé et que la preuve pertinente à chaque chef d'accusation n'était pas suffisante pour étayer les déclarations de culpabilité. Elle a inscrit des verdicts d'acquiescement pour tous les chefs d'accusation. Le juge dissident aurait confirmé les déclarations de culpabilité relativement aux deux chefs d'accusation comportant des attouchements au pénis. Ce pourvoi est interjeté par le ministère public contre les acquittements relatifs à ces deux chefs d'accusation.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont dissidents en partie): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

En concluant que l'agression sexuelle n'avait pas été prouvée à cause de l'insuffisance de preuve de motivation sexuelle, la Cour d'appel, à la majorité, a, en réalité, transformé l'infraction d'agression sexuelle en une infraction requérant une intention spécifique, contrairement à l'arrêt *Chase* de notre Cour, où l'on a statué que l'infraction en est une requérant une intention générale et que l'intention de la personne qui accomplit l'acte n'est qu'un des facteurs dont il faut tenir compte pour savoir si l'ensemble de la conduite avait un contexte sexuel.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et McLachlin: La Cour n'a pas compétence pour rétablir les déclarations de culpabilité et elle devrait ordonner un nouveau procès en l'espèce. Lors d'un appel interjeté en vertu du sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, la fonction de la cour d'appel consiste à déterminer si, d'après les faits soumis au juge des faits, un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pouvait déclarer l'accusé coupable. L'exercice de ce pouvoir suppose que l'accusé a subi un procès régulier fondé sur une preuve qui était légalement admissible et qui était assortie de directives correctes en droit. Si la Cour d'appel conclut qu'il y a eu erreur de droit faisant en sorte que l'accusé n'a pas subi un procès conforme aux règles de droit, alors l'accusé a droit à un acquiescement ou à un nouveau procès conformément à la loi. La cour ne peut pas substituer son avis à celui du tribunal de première instance que la preuve établit la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, sauf si la preuve est à ce point accablante que le juge des faits

determining whether the balance of the evidence could or ought to result in a conviction, there would be no necessity for the Crown to resort to the more onerous curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. This would effectively emasculate this provision. This Court is subject to the same limitation in this respect as the Court of Appeal. In this case the Court of Appeal found that an error of law had been committed at trial by reason of the improper admission of similar fact evidence. Clearly it was not of the opinion that a conviction was inevitable on the admissible evidence, and quite properly so. If the Court of Appeal had made a correct assessment of the evidence, it was bound to allow the appeal and order a new trial.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. (dissenting in part): If the majority of the Court of Appeal had considered the appropriate question of whether the touching was committed in circumstances of a sexual nature, its conclusion with regard to the counts involving penile touching would have been different. The convictions on these counts should therefore be restored. The trial judge appeared to consider the evidence of all the complainants together and to use it cumulatively to bolster his findings on each count. He nevertheless properly instructed himself on the need to consider each count separately and to make his determination in relation to that count. He carefully reviewed and assessed the evidence of every complainant individually and his independent findings as to credibility appear to be untainted by his global consideration of the evidence. He found the boys to be honest and truthful and was convinced beyond a reasonable doubt that they were telling the truth. This overrides any errors he may have made with regard to the cumulative effect of their testimony. The trial judge's findings were not only reasonable, but correct. Even when considered separately, the testimony of the two boys involved provides a firm evidentiary basis for the respondent's conviction on the counts in question.

conclurait forcément à la culpabilité. Si une cour d'appel avait le pouvoir de trancher un appel dans une affaire où des éléments de preuve ont été utilisés à tort au procès, en décidant si ce qui reste de preuve pourrait ou devrait entraîner une déclaration de culpabilité, il ne serait pas nécessaire pour le ministère public d'avoir recours aux dispositions réparatrices plus onéreuses du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Cela aurait pour effet d'émasculer la disposition réparatrice. Notre Cour est, sous ce rapport, sujette à la même restriction que la Cour d'appel. En l'espèce, la Cour d'appel a constaté qu'une erreur de droit avait été commise lors du procès en raison de l'utilisation irrégulière de la preuve de faits similaires. Manifestement, la cour n'a pas été d'avis qu'une déclaration de culpabilité était inévitable d'après la preuve admissible, et ce, tout à fait à bon droit. Si la Cour d'appel avait évalué correctement la preuve, elle aurait nécessairement dû accueillir l'appel et ordonner un nouveau procès.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory (dissidents en partie): Si la Cour d'appel à la majorité s'était posée la question pertinente de savoir si les attouchements avaient été commis dans des circonstances de nature sexuelle, sa conclusion au sujet des chefs d'accusation relatifs à des attouchements au pénis aurait été différente. Les déclarations de culpabilité prononcées relativement à ces chefs d'accusation devraient donc être rétablies. Le juge du procès semble avoir tenu compte des témoignages de tous les plaignants pris ensemble et s'être servi de ces témoignages de façon cumulative pour étayer ses conclusions à l'égard de chaque chef d'accusation. Néanmoins, il s'est légitimement rappelé la nécessité d'examiner chaque chef d'accusation séparément et d'arriver à une conclusion pour chaque chef d'accusation. Il a soigneusement examiné et évalué le témoignage de chacun des plaignants, pris individuellement, et ses conclusions indépendantes relativement à la crédibilité ne paraissent pas avoir été viciées par son examen global de la preuve. Il a trouvé que les garçons étaient sincères et qu'ils avaient dit la vérité, et il était convaincu hors de tout doute raisonnable qu'ils disaient la vérité. Ceci l'emporte sur toutes les erreurs qu'il peut avoir commises relativement à l'effet cumulatif de leurs témoignages. Les conclusions du juge du procès étaient non seulement raisonnables, mais elles étaient justes. Même pris séparément, les témoignages des deux garçons concernés fournissent un fond de preuve solide pour déclarer l'intimé coupable relativement aux chefs d'accusation en cause.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393.

By Cory J. (dissenting in part)

R. v. Chase, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (ii), (b)(ii), (iii), (2).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 45.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1990), 84 Nfld. & P.E.I.R. 181, 262 A.P.R. 181, 57 C.C.C. (3d) 531, allowing the accused's appeal from his convictions on seven counts of sexual assault. Appeal allowed and new trial ordered, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. dissenting in part.

J. Thomas Eagan, for the appellant.

Thomas J. Burke, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. was delivered by

SOPINKA J.—I have read the reasons of Justice Cory herein and while I agree that the appeal must be allowed I cannot agree with his disposition of the case. In my opinion we cannot restore the convictions but are obliged to direct a new trial. The point of disagreement raises an important question with respect to the powers of the Court of Appeal and of this Court.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168; *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393.

^b Citée par le juge Cory (dissident en partie)

R. c. Chase, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168.

^c Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i), (ii), (b)(ii), (iii), (2).
^d *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 45.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1990), 84 Nfld. & P.E.I.R. 181, 262 A.P.R. 181, 57 C.C.C. (3d) 531, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre les déclarations de culpabilité prononcées contre lui relativement à sept chefs d'accusation d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont dissidents en partie.

J. Thomas Eagan, pour l'appelante.

^g *Thomas J. Burke*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka et McLachlin
^h rendu par

LE JUGE SOPINKA—J'ai pris connaissance des motifs de jugement du juge Cory en l'espèce et, bien que je partage son opinion qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, je ne puis être d'accord avec sa façon de trancher l'affaire. À mon avis, nous ne pouvons pas rétablir les déclarations de culpabilité et nous sommes tenus d'ordonner un nouveau procès. Ce point de désaccord soulève une importante question au sujet des pouvoirs de la Cour d'appel et de notre Cour.

The majority of the Court of Appeal (1990), 84 Nfld. & P.E.I.R. 181, decided that the trial judge had erred in considering the cumulative effect of the evidence which was led with relation to all of the counts for the purposes of determining the guilt of the accused in respect of an individual count. The alleged error was based on a misapplication of the similar facts rule. The Court of Appeal then considered the evidence which was adduced in relation to each count, and, based on what Cory J. has found to be an erroneous application of *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, concluded that there was no evidence from which an inference of sexual intent or gratification could be drawn on an objective assessment. The majority, therefore, acquitted the respondent on all seven counts on the ground that the verdicts of guilt were unreasonable and could not be supported by the evidence.

Goodridge C.J.N. disagreed with the majority as to the result of two of the counts. He stated that in his view, "the evidence supports two of the convictions" (p. 185). It is not clear whether he was referring to the evidence considered by the trial judge or the evidence considered by the majority. The dissent on this point is the sole basis for the appeal as of right to this Court by the Crown. Goodridge C.J.N. then went on to consider the question of the admissibility of similar acts evidence. While he did not necessarily disagree with the majority, he left this issue unresolved. He would have asked for further argument on this point and if some of the evidence was ruled inadmissible he would have directed a new trial. In the result he would have allowed the appeal on counts 1, 3, 4, 5 and 6 and asked for further argument on counts 2 and 7.

It is apparent from this recital of the proceedings that it is not clear as to what was the precise disagreement on a point of law on which the appeal as of right to this Court is based. No issue was made of this by the respondent and I do not propose to do so. I point out, as did Cory J., that no appeal was taken

La Cour d'appel a décidé, à la majorité (1990), 84 Nfld. & P.E.I.R. 181, que le juge du procès avait commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des éléments de preuve présentés à l'égard de tous les chefs d'accusation afin de déterminer si l'accusé était coupable quant à chaque chef d'accusation. L'erreur reprochée découlerait d'une application fautive de la règle des faits similaires. La Cour d'appel a ensuite examiné la preuve soumise quant à chaque chef d'accusation et, se basant sur une application de l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, application que le juge Cory a jugé erronée, elle a conclu qu'une évaluation objective de la preuve ne permettait pas de conclure à l'existence d'une intention ou d'un plaisir d'ordre sexuel. La cour, à la majorité, a donc acquitté l'accusé quant à tous les sept chefs d'accusation pour le motif que les verdicts de culpabilité étaient déraisonnables et ne pouvaient pas s'appuyer sur la preuve.

Le juge en chef Goodridge de Terre-Neuve était dissident quant à l'issue de deux chefs d'accusation. Il a affirmé qu'à son avis [TRADUCTION] «la preuve justifie deux des déclarations de culpabilité» (p. 185). Il n'est pas clair s'il voulait parler de la preuve analysée par le juge du procès ou de celle analysée par la Cour d'appel à la majorité. La dissidence sur ce point est le seul fondement du pourvoi de plein droit formé devant notre Cour par le ministère public. Le juge en chef Goodridge a alors poursuivi en s'interrogeant sur l'admissibilité de la preuve d'actes similaires. Quoiqu'il n'ait pas été nécessairement en désaccord avec la majorité, il n'a pas tranché la question. Il aurait exigé des plaidoiries supplémentaires sur ce point et, si une partie de la preuve avait été jugée inadmissible, il aurait ordonné un nouveau procès. En fin de compte, il aurait accueilli l'appel quant aux premier, troisième, quatrième, cinquième et sixième chefs d'accusation et aurait demandé d'autres plaidoiries relativement aux deuxième et septième chefs d'accusation.

Il ressort de ce récit du déroulement des procédures qu'on ne peut déterminer avec précision quel était le désaccord sur un point de droit qui a servi de fondement au pourvoi de plein droit devant notre Cour. L'intimé n'a pas débattu ce point et je n'ai pas l'intention de le faire non plus. Je souligne, comme

from the decision of the Court of Appeal on the inadmissibility of the similar facts evidence and we must deal with this appeal on that basis.

The Issue

The issue which I wish to address in this case is whether, on an appeal from a conviction of a criminal offence, a Court of Appeal which finds an error of law in the proceedings at trial resulting in the admission of inadmissible evidence can then dismiss the appeal on the basis that, in the opinion of the Court of Appeal, the residue of admissible evidence is sufficient to convict the accused. In my view, in these circumstances the Court of Appeal has no power to convict on the basis of its own opinion unless the Crown discharges the burden of establishing that the verdict would necessarily have been the same had the impugned evidence not been admitted. If this burden is not discharged, the Court of Appeal must either acquit or, if there is sufficient evidence on which a jury properly instructed and acting reasonably could convict, direct a new trial.

Legislation

The powers of the Court of Appeal are set out in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686:

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

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

l'a fait le juge Cory, que la décision de la Cour d'appel quant à l'inadmissibilité de la preuve de faits similaires n'a pas été portée en appel et que nous devons trancher le pourvoi en fonction de cette situation.

La question en litige

La question que je veux aborder ici est de savoir si, lors de l'appel interjeté contre une déclaration de culpabilité d'une infraction criminelle, la cour d'appel, qui constate qu'il y a eu dans les procédures du procès une erreur de droit entraînant l'utilisation d'éléments de preuve inadmissibles, peut par la suite rejeter l'appel parce qu'à son avis la partie admissible de la preuve suffit pour faire déclarer l'accusé coupable. À mon avis, dans ces circonstances, la cour d'appel n'a pas le pouvoir de déclarer quelqu'un coupable, en fonction de sa propre opinion, à moins que le ministère public ne se soit acquitté du fardeau de prouver que le verdict aurait nécessairement été le même si les éléments de preuve contestés n'avaient pas été utilisés. Si cette preuve n'est pas faite, la cour d'appel doit soit acquitter l'accusé, soit ordonner un nouveau procès s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour qu'un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement, puisse déclarer l'accusé coupable.

Les dispositions législatives

Les pouvoirs de la cour d'appel sont énoncés à l'art. 686 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46:

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

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

(b) may dismiss the appeal where

(ii) the appeal is not decided in favour of the appellant on any ground mentioned in paragraph (a),^a

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

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;^c

d

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or^e

(b) order a new trial.

Power of a Court of Appeal

In an appeal founded on s. 686(1)(a)(i) the court is engaged in a review of the facts. The role of the Court of Appeal is to determine whether on the facts that were before the trier of fact a jury properly instructed and acting reasonably could convict. The court reviews the evidence that was before the trier of fact and after re-examining and, to some extent, reweighing the evidence, determines whether it meets the test. See *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168. The appeal is a prognosis as to what a jury would do not on the basis of a version of the facts that the court determines was properly admissible, but on the basis of the evidence that was in fact before them. The exercise of this power is predicated on the accused having had a proper trial on legally admissible evidence accompanied by instructions that are correct in law. The Court of Appeal may disagree with the verdict but provided that the accused has had a trial in which the legal rules have been observed, no com-

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

(ii) l'appel n'est pas décidé en faveur de l'appelant pour l'un des motifs mentionnés à l'alinéa a),

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

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

e

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas:

a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement;

b) ordonne un nouveau procès.

f Pouvoir de la cour d'appel

Lors d'un appel interjeté en vertu du sous-al. 686(1)a)(i), la cour procède à un examen des faits. La fonction de la cour d'appel consiste à déterminer si, d'après les faits soumis au juge des faits, un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pouvait déclarer l'accusé coupable. La cour analyse la preuve qui a été présentée au juge des faits et, après l'avoir réexaminée et, dans une certaine mesure, réévaluée, décide si la preuve satisfait à ce critère. Voir l'arrêt *R. c. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168. L'appel est un pronostic de ce que le jury ferait non pas en fonction d'une version des faits qui, selon la cour, était régulièrement admissible, mais en fonction des éléments de preuve qui lui ont été effectivement soumis. L'exercice de ce pouvoir suppose que l'accusé a subi un procès régulier fondé sur une preuve qui était légalement admissible et qui était assortie de directives correctes en droit. La cour d'appel peut ne pas être d'accord avec le verdict, mais pourvu que

plaint can be upheld if there is, on the evidence, a reasonable basis for the verdict.

On the other hand, if the Court of Appeal finds an error of law with the result that the accused has not had a trial in which the legal rules have been observed, then the accused is entitled to an acquittal or a new trial in accordance with the law. The latter result will obtain if there is legally admissible evidence on which a conviction could reasonably be based. The court cannot substitute its opinion for that of the trial court that the evidence proves guilt beyond a reasonable doubt because the accused is entitled to that decision from a trial judge or jury who have all the advantages that have been so often conceded to belong to the trier of fact. If the Court of Appeal were to make that decision the accused would be deprived of a trial to which he or she is entitled, first, by reason of the abortive initial trial and second by the Court of Appeal. There is, however, an exception to this rule in a case in which the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. In such circumstances, depriving the accused of a proper trial is justified on the ground that the deprivation is minimal when the invariable result would be another conviction. These limitations on the powers of the Court of Appeal are the result of the combined effect of s. 686(1)(a)(ii), (b)(ii) and (iii) and s. 686(2). By virtue of s. 686(1)(b)(ii) the Court of Appeal cannot dismiss the appeal if it has found an error of law unless the curative provision embodied in s. 686(1)(b)(iii) applies. If the appeal is not dismissed it must be allowed, and pursuant to the provisions of s. 686(2) either an acquittal or a new trial must be ordered.

In *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, the Court of Appeal found an error of law in the charge to the jury but applied the curative section of the *Code* to dismiss the appeal. The respondent Crown invited this Court to weigh the evidence which tended to show that the accused was guilty beyond a

l'accusé ait subi un procès conforme aux règles de droit, aucun recours n'est recevable si, d'après la preuve, il existe une justification raisonnable du verdict.

Par ailleurs, si la cour d'appel conclut qu'il y a eu erreur de droit faisant en sorte que l'accusé n'a pas subi un procès conforme aux règles de droit, alors l'accusé a droit à un acquittement ou à un nouveau procès conformément à la loi. Ce dernier résultat se produira s'il existe des éléments de preuve légalement admissibles qui pourraient raisonnablement justifier une déclaration de culpabilité. La cour ne peut pas substituer son avis à celui du tribunal de première instance que la preuve établit la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, parce que l'accusé a droit à ce que cette décision soit rendue par un juge du procès ou un jury qui a tous les avantages qu'on a si souvent reconnus au juge des faits. Si la cour d'appel prenait cette décision, l'accusé serait privé d'un procès auquel il a droit, d'abord à cause du premier procès irrégulier qu'il a subi, et ensuite en raison de la cour d'appel. Il existe cependant une exception à cette règle lorsque la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. Dans ce cas, il est justifié de priver l'accusé d'un procès régulier puisque cette privation est minime lorsque le résultat serait forcément une autre déclaration de culpabilité. Ces limites imposées aux pouvoirs de la cour d'appel découlent de l'effet conjugué des sous-al. 686(1)a(ii), b(ii) et (iii) et du par. 686(2). En vertu du sous-al. 686(1)b(ii), la cour d'appel ne saurait rejeter l'appel si elle conclut qu'il y a eu erreur de droit, sauf si la disposition réparatrice contenue au sous-al. 686(1)b(iii) s'applique. Si l'appel n'est pas rejeté, il doit être accueilli et, conformément au par. 686(2), il faut ordonner soit un acquittement soit un nouveau procès.

Dans l'arrêt *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, la cour d'appel a constaté une erreur de droit dans les directives données au jury, mais elle a appliqué la disposition réparatrice du *Code* pour rejeter l'appel. Le ministère public intimé a invité notre Cour à évaluer la preuve qui tendait à établir que

reasonable doubt. In refusing to accede to this invitation Cartwright J. (as he then was) stated, at p. 744:

... once error in law has been found to have occurred at the trial, the onus resting upon the Crown is to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred. The satisfaction of this onus is a condition precedent to the right of the Appellate Court to apply the terms of the subsection at all. ...

Under our system of law a man on trial for his life is entitled to the verdict of a jury which has been accurately and adequately instructed as to the law. The construction of s. 592(1)(b)(iii) contended for by the Crown in this case would transfer from the jury to the Court of Appeal the question whether the evidence established the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. To adapt the words of Lord Herschell in *Makin v. Attorney General for New South Wales*, the judges would in truth be substituted for the jury, the verdict would become theirs and theirs alone, and would be arrived at upon a perusal of the evidence without any opportunity of seeing the demeanour of the witnesses and weighing the evidence with the assistance which this affords. [Emphasis added; references omitted.]

Spence J. expressed this limitation on the role of an appeal court in the following language, at p. 756:

I am of the opinion that this Court cannot place itself in the position of a jury and weigh these various pieces of evidence. If there is any possibility that twelve reasonable men, properly charged, would have a reasonable doubt as to the guilt of the accused, then this Court should not apply the provisions of s. 592(1)(b)(iii) to affirm a conviction. [Emphasis added.]

Colpitts has been consistently applied by this Court. *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476, involved a situation analogous to the case at bar. Evidence was improperly admitted and a new trial was ordered by this Court on the ground that the appellate court should not "retry the case to assess the worth of the residual evidence after the improperly adduced evidence has been extracted from the record" (pp. 481-82). *Colpitts* was followed most recently in *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, and in *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393.

l'accusé était coupable hors de tout doute raisonnable. Refusant de se rendre à cette invitation, le juge Cartwright (plus tard Juge en chef) dit, à la p. 744:

[TRADUCTION] ... une fois que l'on a jugé qu'il y a eu erreur de droit au procès, il incombe à la poursuite d'établir à la satisfaction de la Cour que le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite. Satisfaire à cette obligation est une condition préalable au droit de la cour d'appel d'appliquer les dispositions de l'alinéa. ...

En vertu de notre système de droit, une personne qui subit son procès où sa vie est en jeu a droit au verdict d'un jury qui a été bien instruit du droit. L'interprétation du sous-al. 592(1)b)(iii) que propose le ministère public en l'espèce aurait pour effet de transférer du jury à la cour d'appel la question de savoir si la preuve établit la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Selon ce que dit lord Herschell dans l'arrêt *Makin v. Attorney General for New South Wales*, en réalité, les juges remplaceraient le jury, le verdict deviendrait leur verdict et leur verdict uniquement, et il découlerait d'une lecture attentive de la preuve qu'ils auraient faite sans avoir eu l'occasion de voir le comportement des témoins et d'évaluer la preuve avec l'avantage qui en découle. [Je souligne; références omises.]

Le juge Spence énonce cette restriction à la fonction de la cour d'appel dans les termes suivants, à la p. 756:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que cette Cour ne peut se substituer au jury et évaluer les divers éléments de la preuve. S'il y a la moindre possibilité que douze hommes raisonnables, ayant reçu des directives appropriées, aient un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, alors cette Cour ne devrait pas appliquer les dispositions du sous-al. 592(1)b)(iii) pour confirmer une déclaration de culpabilité. [Je souligne.]

Notre Cour a appliqué l'arrêt *Colpitts* de façon constante. L'arrêt *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476, porte sur une situation semblable à celle de l'espèce. Des éléments de preuve avaient été utilisés à tort et notre Cour a ordonné un nouveau procès pour le motif que la cour d'appel ne devrait pas «juger de nouveau l'affaire pour déterminer la valeur des témoignages qui restent après avoir retiré du dossier ceux offerts illégalement» (pp. 481 et 482). L'arrêt *Colpitts* a été suivi tout récemment dans les arrêts *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, et *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393.

If a Court of Appeal had the power to decide an appeal in which evidence was improperly admitted at trial by determining whether the balance of the evidence could or ought to result in a conviction, there would be no necessity for the Crown to resort to the more onerous curative provisions of s. 686(1)(b)(iii). It would be able to sustain the conviction by persuading the appeal court that there is sufficient evidence to convict or that after weighing the evidence the court ought to convict. This would effectively emasculate the curative provision. By virtue of s. 45 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, the limitation on the powers to which I have referred applies equally to this Court.

Application to This Case

The Court of Appeal found that an error of law had been committed at trial by reason of the improper admission of similar fact evidence. In the circumstances, they were obliged to allow the appeal unless on a consideration of the admissible evidence they could conclude that a conviction was inevitable. Clearly they were not of this opinion, and quite properly so. Cory J. has carefully reviewed the evidence and I agree with his conclusion that "there was clearly evidence upon which the convictions could properly be based". Indeed I would not disagree that if I were the trial judge I may have accepted the evidence as proof beyond a reasonable doubt that the accused was guilty. What I cannot say and what Cory J. does not say is that no trial judge properly instructed and acting reasonably could acquit. The majority of the Court of Appeal went further than Cory J. and, after considering the evidence that was admissible, reached the conclusion that it was insufficient to sustain a conviction. The review of the evidence and a correct application of *Chase* in the reasons of Cory J. show that this conclusion was in error. If the Court of Appeal had made a correct assessment of the evidence, they were bound to order a new trial. It would have been no part of the Court of Appeal's function to substitute themselves for the trial judge and determine the guilt or innocence of the accused. In this respect, Goodridge C.J.N. was

Si une cour d'appel avait le pouvoir de trancher un appel dans une affaire où des éléments de preuve ont été utilisés à tort au procès, en décidant si ce qui reste de preuve pourrait ou devrait entraîner une déclaration de culpabilité, il ne serait pas nécessaire pour le ministère public d'avoir recours aux dispositions réparatrices plus onéreuses du sous-al. 686(1)(b)(iii). Il pourrait faire maintenir la déclaration de culpabilité en persuadant la cour d'appel qu'il existe suffisamment d'éléments de preuve pour prononcer une déclaration de culpabilité ou que, après avoir évalué la preuve, la cour devrait prononcer une déclaration de culpabilité. Cela aurait pour effet d'émasculer la disposition réparatrice. En vertu de l'art. 45 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, la restriction apportée aux pouvoirs, à laquelle j'ai fait référence, vaut également pour notre Cour.

Application à la présente affaire

La Cour d'appel a constaté qu'une erreur de droit avait été commise lors du procès en raison de l'utilisation irrégulière de la preuve de faits similaires. Dans ces circonstances, elle était tenue d'accueillir l'appel à moins que, compte tenu de la preuve admissible, elle n'ait pu conclure qu'une déclaration de culpabilité était inévitable. Manifestement, la cour n'a pas été de cet avis, et ce, tout à fait à bon droit. Le juge Cory a soigneusement analysé la preuve et je suis, comme lui, d'avis qu'il «y avait manifestement une preuve qui pouvait justifier des déclarations de culpabilité». En réalité, je ne disconviendrais pas que, si j'avais été le juge du procès, j'aurais peut-être considéré que les éléments de preuve établissaient hors de tout doute raisonnable que l'accusé était coupable. Ce que je ne saurais affirmer et ce que le juge Cory ne dit pas non plus, c'est qu'aucun juge du procès, bien instruit du droit et agissant raisonnablement, ne pourrait prononcer de verdict d'acquittement. La Cour d'appel, à la majorité, est allée plus loin que le juge Cory et, après avoir examiné la preuve admissible, elle est arrivée à la conclusion que celle-ci était insuffisante pour justifier une déclaration de culpabilité. L'analyse de la preuve et l'application juste de l'arrêt *Chase*, auxquelles le juge Cory procède dans ses motifs, montrent que cette conclusion était erronée. Si elle avait évalué correctement la preuve, la Cour d'appel aurait nécessairement dû ordonner un

right in his approach when he stated that if he found that any of the evidence was admitted in error he would have ordered a new trial.

In his reasons, Cory J. stresses that the trial judge believed the complainants and that this finding is untainted by the similar facts evidence. I am not convinced that the trial judge would have convicted on that evidence. After referring to his findings concerning the credibility of the complainants, the trial judge continued:

But I don't think that's—I don't think I can just stop there and say, well, I find that a person has told the truth and that's it. We have to consider all the evidence.

Now, the seven complainants in this case were not teenagers and are not teenagers. They were around 10 or 11 years old, and I think what is important it was not a case of only one complainant but seven. There was seven complainants who referred to the acts of the accused.

As I have pointed out above, however, whether this trial judge would have convicted is not the appropriate inquiry. The appropriate inquiry, to paraphrase Spence J. in *Colpitts*, is whether there is any possibility that a trial judge would have a reasonable doubt on the admissible evidence. The appellant has not submitted, nor does my colleague Cory J. suggest, that the response to the inquiry would be in the negative. Indeed, the curative provision was not relied on in this case.

I conclude that in the circumstances the Court of Appeal ought to have directed a new trial. This Court has the power to make the order that the Court of Appeal ought to have made. The proper disposition, therefore, is to order a new trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. were delivered by

nouveau procès. Il n'appartenait pas à la Cour d'appel de se substituer au juge du procès et de se prononcer sur l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. À ce sujet, le juge en chef Goodridge a eu raison de dire que, s'il avait conclu qu'un élément quelconque de preuve avait été utilisé erronément, il aurait ordonné un nouveau procès.

Dans ses motifs, le juge Cory souligne que le juge du procès a cru les plaignants et que cette constatation n'est pas viciée par la preuve de faits similaires. Je ne suis pas convaincu que le juge du procès aurait prononcé un verdict de culpabilité à partir de cette preuve. Après avoir parlé de ses conclusions concernant la crédibilité des plaignants, le juge du procès poursuit:

[TRADUCTION] Mais je ne crois pas que ce soit—je ne crois pas que je puisse simplement m'arrêter là et dire «bon je conclus que quelqu'un a dit la vérité et c'est tout». Nous devons tenir compte de toute la preuve.

Maintenant, les sept plaignants en l'espèce n'étaient pas et ne sont pas des adolescents. Ils avaient 10 ou 11 ans environ et je crois que le fait qu'il y ait eu non pas un seul plaignant mais sept en l'espèce est important. Il y avait sept plaignants qui ont parlé des actes de l'accusé.

Comme je l'ai déjà indiqué, cependant, il ne s'agit pas de se demander si ce juge du procès aurait prononcé un verdict de culpabilité. Il faut se demander, pour employer les termes utilisés par le juge Spence dans l'arrêt *Colpitts*, s'il existe une possibilité qu'un juge du procès ait un doute raisonnable d'après les éléments de preuve admissibles. L'appelante n'a pas soutenu, et le juge Cory ne dit pas non plus, que la réponse à cette question devrait être négative. En réalité, la disposition réparatrice n'a pas été invoquée en l'espèce.

Je conclus que, dans les circonstances, la Cour d'appel aurait dû ordonner un nouveau procès. Notre Cour a le pouvoir de rendre l'ordonnance que la Cour d'appel aurait dû rendre. Pour trancher correctement ce pourvoi, il faut donc ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory rendus par

CORY J. (dissenting in part)—Two issues are raised in this appeal. First, it must be determined whether the majority of the Court of Appeal of Newfoundland erred in its interpretation of what constitutes a sexual assault. The second issue is whether the majority of the Court of Appeal erred in concluding that the verdicts in question were not ones that a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered.

Factual Background

The respondent, a school teacher, was charged with the sexual assault of seven of his male fourth-grade pupils. The boys were nine and ten years of age when the incidents occurred. The assaults were alleged to have taken place in the respondent's classroom during school hours. The counts in relation to two of the boys involved allegations of penile touching. The counts relating to the other five boys pertained to the touching of other parts of the body, particularly the knees and thighs.

At trial, the respondent was convicted on all seven counts. The majority of the Court of Appeal set aside the convictions and directed an acquittal on all counts. Goodridge C.J.N. dissented. He would have maintained the convictions on the counts involving penile touching. The Crown now appeals the acquittals on these two counts as of right.

The first count involved J. M. He testified that when he went up to the respondent's desk at the front of the classroom to obtain assistance with his school work, the respondent touched him on the penis. He said that this happened on a number of occasions and that the touching lasted several seconds each time. J. M. gave evidence that the respondent would rub the back of his hand up and down on his penis and demonstrated the nature of the contact for the court. He also stated that the respondent would put his hand inside his shirt and rub his back.

LE JUGE CORY (dissident en partie)—Le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, il faut déterminer si la Cour d'appel de Terre-Neuve, à la majorité, a commis une erreur en interprétant ce qui constitue une agression sexuelle. La deuxième question est de savoir si la Cour d'appel, à la majorité, a commis une erreur en concluant que les verdicts en cause n'étaient pas des verdicts qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu raisonnablement rendre en agissant de façon judiciaire.

Les faits

L'intimé, qui est instituteur, a été accusé d'avoir agressé sexuellement sept garçons de quatrième année qui étaient ses élèves. Les garçons avaient neuf ou dix ans lorsque les incidents se sont produits. Les agressions seraient survenues dans la classe de l'intimé pendant les heures de cours. Les chefs d'accusation à l'égard de deux garçons comportent des allégations d'attouchement au pénis. Les chefs d'accusation ayant trait aux cinq autres garçons concernent des attouchements à d'autres parties du corps, notamment aux genoux et aux cuisses.

Au procès, l'intimé a été reconnu coupable quant aux sept chefs d'accusation. La Cour d'appel, à la majorité, a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné l'acquittement à l'égard de tous les chefs d'accusation. Le juge en chef Goodridge de Terre-Neuve était dissident. Il aurait confirmé les déclarations de culpabilité relativement aux chefs d'accusation comportant des attouchements au pénis. Le ministère public se pourvoit maintenant de plein droit contre les acquittements relatifs à ces deux chefs d'accusation.

Le premier chef d'accusation concerne J. M. Celui-ci a témoigné que lorsqu'il se rendait au pupitre de l'intimé, à l'avant de la classe, pour obtenir de l'aide pour ses travaux scolaires, l'intimé lui touchait le pénis. Il a dit que cela s'était produit à maintes reprises et que les attouchements duraient plusieurs secondes chaque fois. J. M. a affirmé que l'intimé lui frottait le pénis du revers de la main, dans un mouvement de haut en bas, et il a montré à la cour la façon dont les attouchements s'effectuaient. Il a aussi affirmé que l'intimé entraînait sa main dans sa chemise et lui frottait le dos.

The other count related to D. T. He testified that when he went up to the respondent's desk, the respondent would rub his open hand across his penis. He said that this had happened more than once. He too demonstrated the manner of the rubbing.

The respondent did not deny that the incidents related by the boys might have occurred, but he could not recall them. He acknowledged that he may have made accidental contact with the boys at the times that they described. However, he stated that any contact took place within the context of his normal teaching method. He said that he used touching as a form of encouragement, assistance or reprimand. The respondent testified that he had never knowingly touched a pupil in the genital area and denied that he had rubbed the boys in the manner they described. At the same time, he stated that he could not say that the boys were lying and acknowledged that there was no reason to believe that they would be dishonest, vicious or vindictive.

Decision of the Trial Judge

The trial judge, not unreasonably, was of the view that there was no real conflict between the evidence of the boys and that of the respondent. He considered the only issue in dispute between the Crown and defence to be whether the touching of the boys by the respondent was sexual in nature.

At the outset of his reasons, the trial judge proceeded in an impeccable manner. He stated that he had to consider each count and the evidence of each complainant separately and determine whether a sexual assault had been committed in each case. He instructed himself on several occasions that the Crown was required to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt on each of the seven counts.

However, despite these initial admonitions, the trial judge appeared to rely upon the cumulative effect of the evidence, using the evidence of all of the complainants to bolster his findings in relation to each count. He seemed to emphasize the fact that

L'autre chef d'accusation concerne D. T. Celui-ci a témoigné que lorsqu'il se rendait au pupitre de l'intimé, celui-ci lui frottait le pénis avec la main ouverte. Il a dit que la chose s'était produite plus d'une fois. Lui aussi a montré comment les attouchements étaient effectués.

L'intimé n'a pas nié que les incidents rapportés par les garçons puissent s'être produits, mais il ne pouvait s'en rappeler. Il a reconnu qu'il pouvait avoir touché accidentellement aux garçons aux moments dont ils ont fait mention. Cependant, il a affirmé que tous les contacts ont eu lieu dans le cadre de sa méthode normale d'enseignement. Il a dit qu'il avait l'habitude de toucher comme forme d'encouragement, d'aide ou de réprimande. L'intimé a témoigné qu'il n'avait jamais sciemment touché les parties génitales d'un élève et il a nié avoir frotté les élèves de la manière qu'ils ont décrite. En même temps, il a affirmé qu'il ne pouvait pas dire que les garçons mentaient et il a reconnu qu'il n'y avait pas de motif de croire qu'ils étaient malhonnêtes, méchants ou vindicatifs.

La décision du juge du procès

Le juge du procès a été d'avis, ce qui n'était pas déraisonnable, qu'il n'y avait pas de contradiction véritable entre les témoignages des garçons et celui de l'intimé. Il a estimé que le seul point en litige entre le ministère public et la défense était de savoir si les attouchements des garçons par l'intimé étaient de nature sexuelle.

Au début des motifs de sa décision, le juge du procès a procédé d'une manière impeccable. Il a affirmé qu'il avait dû prendre en considération chaque chef d'accusation et le témoignage de chaque plaignant séparément, pour décider s'il y avait eu agression sexuelle dans chaque cas. Il a rappelé à plusieurs occasions que le ministère public était tenu de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable quant à chacun des sept chefs d'accusation.

Cependant, malgré ces avertissements initiaux, le juge du procès paraît s'être fondé sur l'effet cumulatif de la preuve, en se servant des témoignages de tous les plaignants pour étayer ses conclusions relativement à chaque chef d'accusation. Il a semblé insister

there were seven complainants who all told generally the same story. The problematic passages in his reasons are as follows:

Now, the seven complainants in this case were not teenagers and are not teenagers. They were around 10 or 11 years old, and I think what is important it was not a case of only one complainant but seven. There was seven complainants who referred to the acts of the accused. The - I'm not sure if it's seven, but most of them got down here in the Courtroom and sat by the Court Clerk and also showed the lawyers the acts. They described the acts. And in their testimony, both in examination in chief by Mr. Henheffer and by Mr. Burke, they - we recall that their evidence, they - on the act complained of, they did not change their evidence.

And these seven were not teenagers and not a case of one but seven referring to acts of several times.

The seven witnesses I've stated referred to the rubbing and showed how it was done. It was not a brief touching, but evidence of up and down and not a glancing blow. It happened more than once. Now, if you had one witness and you had one act, it may say - you may say, well, okay, there could have been a misconstruing; but when you have seven witnesses describing several times and an accused saying it may have been done and describing it, and at the age of 9 and 10, you know, is that misconstruction or misconstruing? [Emphasis added.]

At the same time, the trial judge made careful and significant findings with regard to the evidence of the young boys. He found them to be forthright and responsive. Then, stating that he was convinced beyond a reasonable doubt that the seven boys told the truth, he convicted the respondent on all seven counts.

sur le fait qu'il y avait sept plaignants qui disaient tous sensiblement la même chose. Les passages de ses motifs qui soulèvent des problèmes sont les suivants:

[TRADUCTION] Maintenant, les sept plaignants en l'espèce n'étaient pas et ne sont pas des adolescents. Ils avaient 10 ou 11 ans environ et je crois que le fait qu'il y ait eu non pas un seul plaignant mais sept en l'espèce est important. Il y avait sept plaignants qui ont parlé des actes de l'accusé. Le - je ne suis pas certain s'il y en a eu sept, mais la plupart d'entre eux se sont rendus ici dans la salle d'audience, ont pris place près du greffier et ont expliqué aux avocats la façon dont les actes ont été accomplis. Ils ont décrit les actes. Et dans leurs témoignages, aussi bien au cours de l'interrogatoire principal effectué par M^e Henheffer que pendant l'interrogatoire mené par M^e Burke, ils - nous nous souvenons que leurs témoignages, ils - sur l'acte reproché, ils n'ont pas modifié leurs témoignages.

Et les sept n'étaient pas des adolescents et il ne s'agit pas en l'espèce d'une personne, mais bien de sept personnes parlant d'actes qui ont été répétés plusieurs fois.

Les sept témoins ont parlé du frottement et ils ont indiqué comment il était fait. Ce n'était pas un attouchement bref, mais il était fait mention de mouvements de haut en bas et non d'un effleurement. Il s'est produit plus d'une fois. Bon, si vous aviez eu un seul témoin et si vous aviez eu un seul acte, on pourrait dire - vous pourriez dire, très bien, d'accord, il peut y avoir eu malentendu; mais quand vous avez sept témoins qui parlent de plusieurs accomplissements d'un acte et un accusé qui dit que ça peut être arrivé et qui décrit cet acte et, à l'âge de 9 ou 10 ans, vous savez, est-ce un malentendu ou une méprise? [Je souligne.]

En même temps, le juge du procès est arrivé à des conclusions réfléchies et importantes au sujet des témoignages des jeunes garçons. Il les a trouvés francs et réceptifs. Puis, affirmant qu'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que les sept garçons avaient dit la vérité, il a déclaré l'intimé coupable relativement aux sept chefs d'accusation.

Court of Appeal (1990), 84 Nfld. & P.E.I.R. 181

The majority of the Court of Appeal found that the trial judge had erred by considering the cumulative effect of the evidence of all of the complainants in determining the guilt of the respondent on each count. It took this position although neither written nor oral argument had been submitted on the issue. Goodridge C.J.N. in his minority reasons was of the view that the appeal should not be allowed on this ground without hearing argument on it. His reasons indicate the correct approach. Unfortunately, the Crown has not sought leave to appeal on the issue of whether it was appropriate for the trial judge to take into account the evidence given by the other complainants on each individual count. As a result, this Court cannot consider the question.

The majority held that there was insufficient evidence upon which to base a conviction on any of the counts. It therefore allowed the appeal, set aside the convictions and entered acquittals on all counts.

Goodridge C.J.N. was in agreement with the majority on five counts. However, on the two which involved penile touching, he found that the evidence supported the convictions. Goodridge C.J.N. did state later that, if after further argument it was found that an error was made by the trial judge in considering the cumulative effect of the complainants' evidence, he would send the matter back for a new trial. Nevertheless, his determination that there was evidence upon which the convictions could be based was unequivocal and, in my view, was correct.

Did the Majority of the Court of Appeal Err in its Consideration and Application of *R. v. Chase*?

In *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, this Court set out the proper approach to be taken by courts to the offence of sexual assault. McIntyre J., writing for the

La Cour d'appel (1990), 84 Nfld. & P.E.I.R. 181

La Cour d'appel, à la majorité, a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des témoignages de tous les plaignants pour décider de la culpabilité de l'intimé relativement à chaque chef d'accusation. Elle est arrivée à cette conclusion même s'il n'y avait aucune plaidoirie ni écrite, ni orale, sur le sujet. Le juge en chef Goodridge, dans des motifs de dissidence, a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'accueillir l'appel pour ce motif sans plaidoirie orale sur celui-ci. Ses motifs de jugement indiquent la bonne méthode à suivre. Malheureusement, le ministère public n'a pas interjeté appel sur la question de savoir si le juge du procès avait bien fait de tenir compte des témoignages rendus par les autres plaignants sur chaque chef d'accusation particulier. En conséquence, notre Cour ne peut examiner cette question.

La Cour d'appel, à la majorité, a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour étayer une déclaration de culpabilité relative à l'un ou l'autre des chefs d'accusation. Elle a donc accueilli l'appel, annulé les déclarations de culpabilité et inscrit des verdicts d'acquiescement pour tous les chefs d'accusation.

Le juge en chef Goodridge partageait l'avis de la majorité quant à cinq chefs d'accusation. Cependant, au sujet des deux chefs qui comportaient des attouchements au pénis, il a conclu que la preuve justifiait les déclarations de culpabilité prononcées. Le juge en chef Goodridge affirme plus loin que, si après d'autres plaidoiries on concluait que le juge du procès a commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des témoignages des plaignants, il ordonnerait un nouveau procès en l'espèce. Néanmoins, sa conclusion qu'il y avait des éléments de preuve susceptibles de justifier des déclarations de culpabilité est sans équivoque et, à mon avis, elle est juste.

La Cour d'appel, à la majorité, a-t-elle commis une erreur en examinant et en appliquant l'arrêt *R. c. Chase*?

Dans l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, notre Cour énonce la façon dont les tribunaux doivent aborder l'infraction d'agression sexuelle. Le juge

Court, held that the test for determining whether a sexual assault has occurred is objective and that the offence is one of general intent. At pages 301-3 he wrote:

To begin with, I agree, as I have indicated, that the test for the recognition of sexual assault does not depend solely on contact with specific areas of the human anatomy. . . . [T]he test for its recognition should be objective.

. . . .

Sexual assault is an assault within any one of the definitions of that concept in s. 244(1) [now s. 265(1)] of the *Criminal Code* which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated. The test to be applied in determining whether the impugned conduct has the requisite sexual nature is an objective one: "Viewed in the light of all the circumstances, is the sexual or carnal context of the assault visible to a reasonable observer" [citing *R. v. Taylor* (1985), 44 C.R. (3d) 263 (Alta. C.A.)]. The part of the body touched, the nature of the contact, the situation in which it occurred, the words and gestures accompanying the act, and all other circumstances surrounding the conduct, including threats which may or may not be accompanied by force, will be relevant The intent or purpose of the person committing the act, to the extent that this may appear from the evidence, may also be a factor in considering whether the conduct is sexual. If the motive of the accused is sexual gratification, to the extent that this may appear from the evidence, it may be a factor in determining whether the conduct is sexual. It must be emphasized, however, that the existence of such a motive is simply one of many factors to be considered, the importance of which will vary depending on the circumstances.

Implicit in this view of sexual assault is the notion that the offence is one requiring a general intent only. . . . To put upon the Crown the burden of proving a specific intent would go a long way toward defeating the obvious purpose of the enactment. Moreover, there are strong reasons in social policy which would support this view. To import an added element of specific intent in such offences, would be to hamper unreasonably the enforcement process.

McIntyre, qui a rédigé les motifs de la Cour, conclut que le critère qui permet de déterminer s'il y a eu agression sexuelle est un critère objectif et qu'il s'agit d'une infraction requérant une intention générale. Il dit, aux pp. 301 à 303:

Tout d'abord, je conviens, comme je l'ai indiqué, que le critère de reconnaissance de l'agression sexuelle ne dépend pas seulement du contact avec des parties précises de l'anatomie. . . . [L]e critère applicable pour reconnaître cette infraction devrait être objectif.

. . . .

L'agression sexuelle est une agression, au sens de l'une ou l'autre des définitions de ce concept au par. 244(1) [aujourd'hui le par. 265(1)] du *Code criminel*, qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si la conduite reprochée comporte la nature sexuelle requise est objectif: «Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel ou charnel de l'agression?» [citation de *R. v. Taylor* (1985), 44 C.R. (3d) 263 (C.A. Alb.)]. La partie du corps qui est touchée, la nature du contact, la situation dans laquelle cela s'est produit, les paroles et les gestes qui ont accompagné l'acte, et toutes les autres circonstances entourant la conduite, y compris les menaces avec ou sans emploi de la force, constituent des éléments pertinents . . . L'intention ou le dessein de la personne qui commet l'acte, dans la mesure où cela peut ressortir des éléments de preuve, peut également être un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Si le mobile de l'accusé était de tirer un plaisir sexuel, dans la mesure où cela peut ressortir de la preuve, il peut s'agir d'un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Toutefois, il faut souligner que l'existence d'un tel mobile constitue simplement un des nombreux facteurs dont on doit tenir compte et dont l'importance variera selon les circonstances.

La notion que l'infraction n'exige qu'une intention générale se dégage implicitement de cette conception de l'agression sexuelle. . . Imposer au ministère public le fardeau de démontrer une intention spécifique contribuerait largement à faire échouer l'objet évident de la disposition. En outre, il y a de solides motifs en matière de politique sociale qui appuieraient ce point de vue. Le processus d'application serait entravé de manière déraisonnable par l'ajout d'un élément d'intention spécifique dans ces infractions.

In considering the impugned conduct in the present case, Marshall J.A., writing for the majority of the Newfoundland Court of Appeal, stated (at p. 193):

While mindful of Chase's direction that sexual gratification need not necessarily be present to ground a finding of sexual assault, any more than contact with any specific areas of the human anatomy, I am nevertheless of the opinion that the presence of such a motive must be established in the specific circumstances of this case where contacts of the nature described might be said to be an ordinary daily occurrence without imputation of any sinister connotation. [Emphasis added.]

Later in his reasons, the following appears (at p. 193):

The appellant has emphatically denied that any contact which he had with any student was perpetrated with a sexual intent or for sexual gratification. However, the test to be applied, as set out in Chase, in determining whether his conduct had sexual motivation is primarily an objective one. The appropriate question is whether, viewed in the light of all circumstances, the sexual or carnal context of his actions were visible to a reasonable observer. If so, in the absence of some other credible explanation, the appellant will be deemed to have the criminal intent. [Emphasis added.]

It seems to me that the effect of the first statement is to suggest that in some circumstances, sexual motive will be a legal requirement, in the absence of which a sexual assault cannot be established. This clearly conflicts with the test adopted in *Chase* as set forth above.

With respect, I am of the view that the majority of the Court of Appeal was in error in its discussion of the *Chase* test. That error was compounded when the majority applied its version of the *Chase* test to the facts of this case. The majority directed its inquiry to sexual motivation rather than to the sexual context of the assault. This is clear from the following statement of Marshall J.A. under the heading "Summary and Determination" (at p. 196):

I am of the opinion, therefore, that the evidence relevant to each charge is not sufficient to sustain any of the

Analysant la conduite reprochée en l'espèce, le juge Marshall écrit, au nom des juges formant la majorité de la Cour d'appel de Terre-Neuve (à la p. 193):

a [TRADUCTION] Tout en me rappelant la prescription de l'arrêt Chase selon laquelle il n'est pas essentiel qu'il y ait plaisir sexuel pour conclure à l'existence d'une agression sexuelle, pas plus qu'il n'est nécessaire qu'il y ait contact avec certaines parties de l'anatomie humaine, *b* je suis cependant d'avis que la présence d'un tel mobile doit être établie dans les circonstances précises de l'espèce, où les contacts de la nature décrite pourraient être tenus pour un fait normal de la vie courante sans imputation de dessein sinistre. [Je souligne.] *c*

Plus loin dans ses motifs, il ajoute (à la p. 193):

d [TRADUCTION] L'appelant a nié avec vigueur que tout contact qu'il a eu avec l'un ou l'autre de ses élèves ait été fait dans un but sexuel ou en vue d'un plaisir sexuel. Cependant, le critère, énoncé dans l'arrêt Chase, qui doit servir à déterminer si sa conduite avait une motivation sexuelle, est avant tout objectif. Il faut se demander *e* si, compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable pouvait percevoir le contexte sexuel ou charnel de ses actes. Si oui, en l'absence d'autre explication plausible, l'appelant sera réputé avoir eu l'intention criminelle. [Je souligne.] *f*

Il me semble que le premier énoncé a pour effet de laisser entendre que, dans certaines circonstances, le mobile sexuel est une exigence légale et qu'en l'absence de pareil mobile, la preuve d'une agression sexuelle est impossible à faire. Cet énoncé est nettement en contradiction avec le critère de l'arrêt *Chase* formulé ci-dessus.

h En toute déférence, je suis d'avis que la Cour d'appel, à la majorité, a commis une erreur dans son examen du critère de l'arrêt *Chase*. Cette erreur a été aggravée lorsque la cour à la majorité a appliqué son interprétation du critère de l'arrêt *Chase* aux faits de l'espèce. La cour à la majorité s'est concentrée sur la motivation sexuelle plutôt que sur le contexte sexuel de l'agression. Cela ressort manifestement de l'affirmation que le juge Marshall fait sous la rubrique [TRADUCTION] «Résumé et décision» (à la p. 196): *j*

[TRADUCTION] Je suis donc d'avis que la preuve pertinente à chaque chef d'accusation n'est pas suffisante

convictions. An objective assessment of the circumstances surrounding the impugned contacts does not support any inference of sexual intent or gratification on the part of the appellant. [Emphasis added.]

By concluding that sexual assault was not established because there was insufficient proof of sexual motivation, the majority in effect converted the offence of sexual assault to one of specific intent. This would, of course, be contrary to *Chase* which held that the offence is one of general intent and established that the intent of the person committing the act is only one of the factors to be considered in determining whether the overall conduct had a sexual context. The appropriate question which had to be considered in this case was whether, notwithstanding the absence of a proven sexual intent, the touching was committed in circumstances of a sexual nature. Had the majority considered that question, its conclusion with regard to the counts involving penile touching would, I believe, have been different.

Sufficiency of the Evidence

Section 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provides that an appellate court may allow an appeal where it is of the opinion that the verdict should be set aside on the basis that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence. The section reads as follows:

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

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence...

The effect of this section was considered in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168. McIntyre J., writing for the Court, set out the principles to be applied by an

pour étayer les déclarations de culpabilité. L'examen objectif des circonstances entourant les attouchements reprochés ne permet pas de conclure à l'existence d'une intention ou d'un plaisir d'ordre sexuel de la part de l'appellant. [Je souligne.]

En concluant que l'agression sexuelle n'avait pas été prouvée à cause de l'insuffisance de preuve de motivation sexuelle, la majorité a, en réalité, transformé l'infraction d'agression sexuelle en une infraction requérant une intention spécifique. Cela est naturellement contraire à l'arrêt *Chase* où l'on a statué que l'infraction en est une requérant une intention générale et que l'intention de la personne qui accomplit l'acte n'est qu'un des facteurs dont il faut tenir compte pour savoir si l'ensemble de la conduite avait un contexte sexuel. La question pertinente à se demander en l'espèce était de savoir si, malgré l'absence de preuve d'intention sexuelle, les attouchements avaient été commis dans des circonstances de nature sexuelle. Si la cour à la majorité s'était posé la question, sa conclusion au sujet des chefs d'accusation relatifs à des attouchements au pénis aurait été, je crois, différente.

Le caractère suffisant de la preuve

Le sous-alinéa 686(1)a(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, précise qu'une cour d'appel peut accueillir un appel quand elle est d'avis que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve. Cette disposition est ainsi formulée:

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

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve...

L'effet du sous-alinéa a été analysé dans l'arrêt *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168. Le juge McIntyre y énonce, au nom de notre Cour, les principes qu'une

appellate court when acting pursuant to the provisions of s. 686. He wrote at p. 186:

The function of the Court of Appeal, under s. 613(1)(a)(i) [now s. 686(1)(a)(i)] of the *Criminal Code*, goes beyond merely finding that there is evidence to support a conviction. The Court must determine on the whole of the evidence whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. While the Court of Appeal must not merely substitute its view for that of the jury, in order to apply the test the Court must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence.

Yeves also addressed the position and role of this Court when considering the application of the sufficiency provision. McIntyre J. stated (at p. 186):

This Court, in considering an appeal where the sole issue raised is the application of s. 613(1)(a)(i) of the *Code*, must put itself in the place of the Court of Appeal and, pursuant to the powers given in s. 623(1) [now s. 695(1)] of the *Code*, consider the matter anew, and if error be found make such order as the Court of Appeal should have made.

It is clear that this Court must determine, upon a reading of all the evidence, whether the verdict is one that a properly instructed trier of fact, acting judicially, could reasonably have rendered. This requires an examination of the evidence and to some extent a reweighing and a reconsideration of the effect of that evidence. Therefore, it is necessary to return to the evidence and the trial judge's findings in relation to it.

J. M. testified that the respondent rubbed the back of his hand up and down on his (J. M.'s) penis. He stated that the rubbing lasted a few seconds and that it occurred on a number of occasions when he went to the teacher's desk to have his work checked. The majority of the Court of Appeal suggested that there was a discrepancy in the child's evidence in that he had recanted and stated that the touching had occurred on only one occasion. With respect, I cannot

cour d'appel doit appliquer lorsqu'elle agit conformément aux dispositions de l'art. 686. Il écrit (à la p. 186):

a La fonction de la Cour d'appel, aux termes du sous-al. 613(1)a(i) [aujourd'hui le sous-al. 686(1)a(i)] du *Code criminel*, dépasse la simple conclusion qu'il y a des éléments de preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité. La Cour doit déterminer d'après l'ensemble de la preuve si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. Bien que la Cour d'appel ne doive pas simplement substituer son opinion à celle du jury, afin d'appliquer le critère elle doit réexaminer l'effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer.

d L'arrêt *Yeves* porte aussi sur la position et le rôle de notre Cour au moment d'examiner l'application de la disposition relative au caractère suffisant de la preuve. Le juge McIntyre dit (à la p. 186):

e Lorsque cette Cour examine un pourvoi où la seule question soulevée est celle de l'application du sous-al. 613(1)a(i) du *Code*, elle doit se mettre à la place de la Cour d'appel et, en conformité des pouvoirs attribués dans le par. 623(1) [aujourd'hui le par. 695(1)] du *Code*, examiner la question de nouveau et, s'il y a une erreur, rendre l'ordonnance que la Cour d'appel aurait dû rendre.

f Il est clair que notre Cour doit décider, à l'examen de l'ensemble de la preuve, si le verdict est l'un de ceux qu'un juge des faits, qui serait bien instruit du droit et qui aurait agi de façon judiciaire, aurait pu raisonnablement rendre. Cela exige une analyse de la preuve et, dans une certaine mesure, une réévaluation et un nouvel examen de l'effet de cette preuve. En conséquence, il est nécessaire de se reporter à la preuve et aux conclusions que le juge du procès en a tirées.

J. M. a témoigné que l'intimé lui a frotté le pénis du revers de la main dans un mouvement de haut en bas. Il a affirmé que le frottement a duré quelques secondes et qu'il s'est produit à plusieurs occasions lorsqu'il se rendait au pupitre de l'instituteur pour faire vérifier son travail. La Cour d'appel, à la majorité, a laissé entendre qu'il y avait une contradiction dans le témoignage de l'enfant et qu'il s'était rétracté en disant que les attouchements ne s'étaient produits

agree. A careful reading of the evidence indicates that when J. M. testified during cross-examination that the penile touching had happened once, he was referring to how many times it might have occurred during the course of a single day.

D. T. testified that the acts in question occurred at the teacher's desk when he went up to get help with his work. He testified that the respondent had rubbed the back of his hand up and down on his (D. T.'s) penis. He said that the rubbing had occurred on more than one occasion.

While the respondent testified that he had never knowingly touched a pupil in the genital area, it is significant that he admitted that the alleged penile touching might have occurred. His position was simply that any conduct which did take place had no sexual connotation. The respondent conceded that the boys were normal 10-year-old, grade 4 students and that there was nothing unusual about them. He agreed that there was nothing that would indicate that they would be dishonest, vicious or vindictive or "anything along those lines".

In essence, there appears to be little factual conflict between the evidence of the boys and that of the respondent; the sole dispute between the Crown and defence positions at trial pertained to whether there was any sexual context to the touching. This was the trial judge's view of the matter with which I fully agree.

It is true that in the portions of his reasons set out earlier, the trial judge appeared to consider the evidence of all the complainants together and to use the evidence cumulatively to bolster his findings in relation to each count. However, it must be borne in mind that on numerous occasions the trial judge properly instructed himself as to the need to consider each count individually and to make individual determinations in relation to each count. The following excerpts show that he began with the correct approach:

qu'une seule fois. En toute déférence, je ne puis être d'accord. Une lecture attentive de la preuve indique que, lorsque J. M. a affirmé, en contre-interrogatoire, que l'attouchement au pénis ne s'était produit qu'une seule fois, il parlait du nombre de fois que la chose pouvait s'être produite en une seule journée.

D. T. a témoigné que les actes en cause se sont produits au pupitre de l'instituteur quand l'élève y allait pour obtenir de l'aide dans ses travaux. Il a affirmé que l'intimé lui a touché le pénis du revers de la main en frottant de haut en bas. Il a affirmé que l'attouchement s'est produit plus d'une fois.

Bien que l'intimé ait témoigné qu'il n'a jamais sciemment touché les organes génitaux d'un élève, il y a lieu de remarquer qu'il a reconnu que les prétendus attouchements au pénis pouvaient s'être produits. Il soutient simplement que sa conduite n'avait pas de connotation sexuelle. L'intimé a reconnu que les garçons étaient des élèves normaux de 10 ans et de quatrième année et qu'il n'y avait rien d'inusité à leur sujet. Il a reconnu qu'il n'y avait rien qui indiquerait qu'ils auraient été malhonnêtes, méchants ou vindicatifs ou [TRADUCTION] «quoi que ce soit de cet ordre».

Essentiellement, il paraît y avoir peu de divergence, sur le plan des faits, entre le témoignage des garçons et celui de l'intimé; le seul point litigieux entre la position soutenue par le ministère public et celle soutenue par la défense au procès portait sur le point de savoir si les attouchements avaient un contexte sexuel. C'était là l'avis du juge du procès avec lequel je suis tout à fait d'accord.

Il est vrai que, dans le passage de ses motifs cités plus haut, le juge du procès semble avoir tenu compte des témoignages de tous les plaignants pris ensemble et s'être servi de ces témoignages de façon cumulative pour étayer ses conclusions à l'égard de chaque chef d'accusation. Cependant, il faut se souvenir qu'à de nombreuses occasions, le juge du procès s'est légitimement rappelé la nécessité d'examiner chaque chef d'accusation séparément et d'arriver à une conclusion pour chaque chef d'accusation. L'extrait suivant montre qu'il a commencé par utiliser une méthode correcte:

... I have to take each complainant, whether a sexual assault was committed.

[TRADUCTION] ... je dois, dans le cas de chaque plaignant, déterminer s'il y a eu agression sexuelle.

... the Crown is required to prove the guilt of an accused beyond a reasonable doubt, and in this case this applies to each of the seven counts.

... le ministère public est tenu de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable et, en l'espèce, cette règle s'applique à chacun des sept chefs d'accusation.

It is that degree of proof which convinces the mind and satisfies the conscience that the Crown has proven all essential ingredients of the offence; in this case, it would apply to each count. There would have to be proof beyond a reasonable doubt of each count.

C'est ce degré de preuve qui convainc l'esprit et satisfait la conscience que le ministère public a fait la preuve de tous les éléments essentiels de l'infraction; en l'espèce, il s'appliquerait à chacun des chefs d'accusation. Une preuve hors de tout doute raisonnable devrait être faite relativement à chaque chef d'accusation.

I must determine whether the Crown in respect of each count has proven the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

Je dois déterminer si le ministère public a prouvé la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable relativement à chaque chef d'accusation.

So that's what the Crown is required to prove in this case and for each count. It may be that, you know, hypothetically, the — you would have to take each count and look at it separately and make a decision.

Ainsi, c'est ce que le ministère public est tenu de prouver en l'espèce, et ce, à l'égard de chaque chef d'accusation. Il se pourrait que, vous savez, hypothétiquement, le — vous deviez prendre chaque chef d'accusation et l'examiner séparément et prendre une décision.

The seventh ingredient the Crown must prove—not the seventh in this one, but another ingredient—is that the assault was of a sexual nature in each case.

Le septième élément que le ministère public doit prouver—non pas le septième en l'espèce, mais un autre élément—est celui qu'il y a eu agression de nature sexuelle dans chaque cas.

As well, it is worthy of note that the trial judge carefully reviewed the testimony of each of the complainants individually and made an assessment of the specific evidence given by each of the boys. He also reviewed the testimony of the respondent and the defence witnesses.

De même, il vaut la peine de souligner que le juge du procès a soigneusement examiné le témoignage de chacun des plaignants, pris individuellement, et qu'il a fait une évaluation du témoignage précis de chacun des garçons. Il a aussi examiné le témoignage de l'intimé et ceux des témoins de la défense.

Most importantly, the trial judge made independent findings in relation to the credibility of the boys. These findings appear to be untainted by his global consideration of the evidence. The trial judge was particularly struck by the youthfulness of the complainants. As young boys, they would have no reason to fabricate their allegations and in light of their ages,

Qui plus est, le juge du procès est arrivé à des conclusions indépendantes relativement à la crédibilité des garçons. Ces conclusions ne paraissent pas avoir été viciées par son examen global de la preuve. Le juge du procès a été particulièrement frappé par le jeune âge des plaignants. Étant des enfants, ils n'avaient pas de motif d'inventer leurs allégations et,

it would be unlikely that they would conjure up claims of sexual abuse. With regard to the evidence that the youngsters gave, he had this to say:

The – we had the seven complainants – seven complainants who I found were forthright and responsive. We all saw them get on the stand, and their evidence to me was reasonable and consistent. And they were thoroughly cross-examined. They weren't harassed in any way, but they were thoroughly examined by Mr. Burke. And we saw them there, and even the accused has said that he does not question their honesty; and I also find that their evidence consisted of the truth.

The – I'm not sure if it's seven, but most of them got down here in the Courtroom and sat by the Court Clerk and also showed the lawyers the acts. They described the acts. And in their testimony, both in examination in chief by Mr. Henheffer and by Mr. Burke, they – we recall that their evidence, they – on the act complained of, they did not change their evidence.

The – as I've said, the seven witnesses, the boys, were forthright and responsive.

Now, I'm convinced beyond a reasonable doubt that the seven boys told the truth. [Emphasis added.]

Thus, the trial judge expressly found the boys' evidence to be reasonable and consistent under cross-examination. He considered the boys themselves to be forthright, responsive and frank. Most importantly of all, he found that they were honest and truthful. After a complete review of all the evidence, he concluded by stating that he was convinced beyond a reasonable doubt that the boys told the truth.

Considered separately, the evidence of both J. M. and D. T. met all the requirements necessary to establish a sexual assault under *Chase*. Each boy testified that the respondent had rubbed him on the penis.

vu leur âge, il serait invraisemblable qu'ils aient imaginé des histoires d'agression sexuelle. Voici ce qu'il dit au sujet des témoignages que les garçons ont rendus:

[TRADUCTION] Le – nous avions les sept plaignants – sept plaignants que j'ai trouvés francs et réceptifs. Nous les avons tous vu à la barre, et leurs témoignages m'ont paru raisonnables et cohérents. Et ils ont été contre-interrogés minutieusement. Ils n'ont pas été harcelés de quelque façon que ce soit, mais ils ont été minutieusement interrogés par M^e Burke. Puis nous les avons vus, et même l'accusé a dit qu'il ne met pas leur sincérité en doute; de plus, je juge que leurs témoignages reflètent la vérité.

Le – je ne suis pas certain s'il y en a eu sept, mais la plupart d'entre eux se sont rendus ici dans la salle d'audience, ont pris place près du greffier et ont expliqué aux avocats la façon dont les actes ont été accomplis. Ils ont décrit les actes. Et dans leurs témoignages, aussi bien au cours de l'interrogatoire principal effectué par M^e Henheffer que pendant l'interrogatoire mené par M^e Burke, ils – nous nous souvenons que leurs témoignages, ils – sur l'acte reproché, ils n'ont pas modifié leurs témoignages.

Le – comme je l'ai dit, les sept témoins, les garçons ont été francs et réceptifs.

Donc, je suis convaincu hors de tout doute raisonnable que les sept garçons ont dit la vérité. [Je souligne.]

Ainsi, le juge du procès a expressément conclu que les témoignages des garçons étaient raisonnables et cohérents même en contre-interrogatoire. Il a trouvé les garçons eux-mêmes francs, réceptifs et directs. Le plus important de tout, il a trouvé qu'ils étaient sincères et qu'ils avaient dit la vérité. Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, il a conclu qu'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que les garçons avaient dit la vérité.

Pris séparément, le témoignage de J. M. et celui de D. T. remplissent toutes les conditions requises pour prouver qu'il y a eu agression sexuelle au sens de l'arrêt *Chase*. Chacun des garçons a témoigné que

Given that the trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt of the truthfulness of the boys' testimony, there was clearly evidence upon which the convictions could properly be based.

It is the trial judge who had the inestimable advantage of seeing and hearing the evidence of the complainants and the respondent. It is the trial judge who was in a unique position to make the requisite findings of fact and credibility based not only on the oral testimony, but also on the actions and demeanour of the witnesses. It can never be forgotten that there is more than the oral evidence which may quite properly influence a trial judge in assessing the credibility of witnesses. Here the trial judge fulfilled his obligations when he reviewed and assessed the evidence and came to a conclusion with regard to it. I am satisfied, not only that his findings were reasonable, but that they were in fact correct.

The advantage a trial judge has in assessing the credibility of witnesses is demonstrated by this case. It will be remembered that the boys, in addition to their oral testimony, demonstrated the nature of the assaults. Unfortunately, the demonstrations were not described for the record. Therefore, it must be assumed that they were no more damaging to the respondent than the oral testimony. Still, the demonstration evidence is a further factor to be taken into account in any consideration of the findings of fact and credibility made by the trial judge.

Reasonable findings of fact of a trial judge based on evidence accepted as convincing beyond a reasonable doubt should not be lightly disturbed. Here the statement by the trial judge that he was convinced beyond a reasonable doubt that each of the seven boys told the truth overrides any errors he may have made with regard to the cumulative effect of the boys' testimony. Even when considered separately, the testimony of both J. M. and D. T., evidence which the trial judge found to be truthful beyond a reasonable doubt, provided a firm evidentiary basis for the

l'intimé lui avait frotté le pénis. Puisque le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable de la véracité des témoignages des garçons, il y avait manifestement une preuve qui pouvait justifier des déclarations de culpabilité.

C'est le juge du procès qui a eu l'avantage inestimable de voir les plaignants et l'intimé et d'entendre leurs témoignages. C'est le juge du procès qui a eu la possibilité exceptionnelle de tirer des conclusions sur les faits et sur la crédibilité, non seulement en fonction des témoignages rendus, mais aussi en fonction des actions et des comportements des témoins. Il ne faut jamais oublier qu'il y a plus que les témoignages qui peuvent à bon droit influencer le juge du procès dans l'évaluation de la crédibilité des témoins. En l'espèce, le juge du procès a rempli ses obligations en étudiant et en évaluant la preuve et en tirant une conclusion quant à celle-ci. Je suis convaincu que, non seulement ses conclusions étaient raisonnables, mais qu'elles étaient, en réalité, justes.

La présente affaire démontre l'avantage que le juge du procès possède pour ce qui est d'évaluer la crédibilité des témoins. Il faut se rappeler qu'en plus de témoigner, les garçons ont fait la démonstration de la nature des agressions. Malheureusement, ces démonstrations n'ont pas été décrites pour les fins du dossier. En conséquence, il faut supposer qu'elles n'étaient pas plus défavorables à l'intimé que les témoignages. Malgré tout, la preuve par démonstration est un autre facteur dont il faut tenir compte pour évaluer les conclusions du juge du procès sur les faits et sur la crédibilité.

Il ne faut pas modifier à la légère les constatations de fait raisonnables auxquelles le juge du procès est parvenu en s'appuyant sur une preuve tenue pour convaincante hors de tout doute raisonnable. En l'espèce, l'affirmation faite par le juge du procès qu'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que chacun des sept garçons avait dit la vérité l'emporte sur toutes les erreurs qu'il peut avoir commises relativement à l'effet cumulatif des témoignages des garçons. Même pris séparément, le témoignage de J. M. et celui de D. T., que le juge du procès a estimés véridiques hors de tout doute raisonnable, fournissent un

conviction of the respondent on the two counts in question. The test of sufficiency has been met.

Conclusion

In all the circumstances and in light of the particular facts of this case, I would allow the appeal and restore the convictions on counts two and seven.

Appeal allowed and new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and CORY JJ. dissenting in part.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, St. John's.

Solicitors for the respondent: O'Dea, Strong, Earle, St. John's.

fond de preuve solide pour déclarer l'intimé coupable relativement aux deux chefs d'accusation en cause. Le critère du caractère suffisant est respecté.

^a Conclusion

Compte tenu de toutes ces circonstances et vu les faits particuliers de la présente affaire, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité prononcées relativement aux deuxième et septième chefs d'accusation.

^b
^c *Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et CORY sont dissidents en partie.*

Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, St. John's.

^d *Procureurs de l'intimé: O'Dea, Strong, Earle, St. John's.*