

J.A.A. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. J.A.A.

2011 SCC 17

File No.: 33782.

2011: February 22; 2011: April 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Charge of sexual assault — Wound on accused's finger — Complainant alleging to have bitten accused during assault — Police officer at trial giving lay evidence as to wound being a bite wound — No expert testimony as to nature of wound led at trial — Accused, on appeal, wishing to introduce evidence of forensic dentist — Whether fresh evidence should be admitted.

The accused was convicted of sexual assault and sexual assault with a weapon, both offences arising from an alleged confrontation with his wife. The accused denied sexually assaulting the complainant and testified that the sexual relations were consensual. The complainant, however, testified that the accused had sexually assaulted her repeatedly and that she had bitten one of his fingers very hard during the assault. The attending police officer testified, without objection on the part of the defence, that he saw a cut that looked like a tooth mark on one of the accused's fingers.

The trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt of the accused's guilt. On appeal, the accused argued that the trial judge erred by placing too much emphasis on the complainant's post-offence demeanour, in his approach to assessing credibility and in relying on the injury to his finger as corroborative evidence. He moved to introduce as fresh evidence the report of a forensic dentist, who had concluded that the mark on his finger was *not* the result of a bite mark, arguing that this fresh evidence strongly undermined the trial judge's reasons and verdict. A majority of the Court of

J.A.A. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. J.A.A.

2011 CSC 17

N^o du greffe : 33782.

2011 : 22 février; 2011 : 8 avril.

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

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

Droit criminel — Preuve — Nouvel élément de preuve — Accusation d'agression sexuelle — Blessure au doigt de l'accusé — Prétention de la plaignante qu'elle avait mordu l'accusé au cours de l'agression — Témoignage d'un profane, un agent de police, au procès, que la blessure résultait d'une morsure — Aucun témoignage d'expert au procès sur la nature de la blessure — Intention de l'accusé de produire en appel la preuve émanant d'un expert en odontologie médico-légale — Le nouvel élément de preuve doit-il être admis?

L'accusé a été reconnu coupable d'agression sexuelle et d'agression sexuelle armée, deux infractions qui auraient été commises lors d'une dispute avec son épouse. L'accusé a nié avoir agressé sexuellement la plaignante et a affirmé que les rapports sexuels étaient consensuels. La plaignante a cependant témoigné que l'accusé l'avait agressée sexuellement à plusieurs reprises et qu'elle l'avait mordu très fort à un doigt au cours de l'agression. Un agent de police a témoigné, sans objection de la défense, avoir vu une coupure ressemblant à une morsure sur un des doigts de l'accusé.

Le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. En appel, l'accusé a soutenu que le juge du procès avait accordé trop d'importance à l'attitude de la plaignante après l'infraction et qu'il avait commis une erreur dans son appréciation de la crédibilité et en se fondant sur sa blessure au doigt en tant qu'élément de preuve corroborant. L'accusé a demandé par requête l'autorisation de présenter un nouvel élément de preuve, en l'occurrence le rapport d'un expert en odontologie médico-légale selon lequel la marque au doigt de l'accusé *ne* résultait *pas*

Appeal dismissed the application as well as the other grounds of the appeal. The main issue is whether or not the application to introduce fresh evidence should be allowed.

Held (Deschamps and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The fresh evidence should be admitted, the convictions set aside and a new trial ordered.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Charron and Cromwell JJ.: The criteria for admitting fresh evidence, established in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, include the requirements that the evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial and that the fresh evidence must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. Although the accused essentially conceded that he failed to meet the due diligence criterion, as this evidence obviously could have been adduced at trial, this factor should not trump the other *Palmer* criteria, particularly in circumstances such as here where trial counsel's strategy was not unreasonable given the nature of the anticipated Crown evidence. Neither the Crown nor the defence had contemplated calling expert evidence about the mark on the accused's finger.

The proposed expert evidence could reasonably be expected to have affected the result. The trial judge viewed this case as a close one and, while he found the complainant to be credible, he also commented favourably on the accused's testimony. In ultimately rejecting the accused's testimony, he twice mentioned the injury to the accused finger, clearly regarding it as corroborative. The fresh evidence reveals that reliance on this evidence is misplaced and, if accepted, would not only vitiate one of the bases for the trial judge's reliance on the complainant's testimony and his rejection of the appellant's version of events but also would arguably undermine the complainant's credibility. While the officer was qualified to describe the injury he saw, his evidence arguably exceeded the proper boundaries of lay opinion evidence. In light of the expert's direct refutation of the officer's opinion, the prejudicial effect of its erroneous admission is brought into sharp focus. When considered in the context of the other evidence at trial and the trial judge's reasons as a whole, the fresh

d'une morsure, faisant valoir que ce nouvel élément de preuve affaiblissait considérablement les motifs et le verdict du juge du procès. La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté la requête et les autres moyens d'appel. La question clé est de savoir si la présentation du nouvel élément de preuve devrait être autorisée.

Arrêt (les juges Deschamps et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Le nouvel élément de preuve doit être admis, les déclarations de culpabilité sont annulées et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell : Les critères d'admissibilité d'un nouvel élément de preuve, établis dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, sont notamment les suivants : on ne devrait généralement pas admettre une preuve nouvelle qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès et la preuve nouvelle doit être telle que, si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. Bien que l'accusé ait concédé pour l'essentiel qu'il ne répondait pas au critère de la diligence raisonnable, étant donné que l'élément de preuve en cause aurait manifestement pu être produit au procès, ce facteur ne doit pas primer les autres critères établis dans *Palmer*, surtout dans des circonstances, comme celles-ci, où la stratégie de l'avocat au procès n'était pas déraisonnable compte tenu de la nature de la preuve qu'était censé produire le ministère public. Ni le ministère public, ni la défense n'avaient envisagé de faire témoigner un expert au sujet de la marque sur le doigt de l'accusé.

On peut raisonnablement penser que le témoignage d'expert proposé aurait influé sur le résultat. Le juge du procès a estimé que l'affaire n'était pas facile à résoudre et, bien qu'il ait trouvé la plaignante crédible, il a aussi fait des commentaires favorables sur le témoignage de l'appelant. Lorsqu'il a rejeté le témoignage de l'accusé, en dernière analyse, le juge du procès a mentionné à deux reprises sa blessure au doigt, qu'il considérait manifestement comme un élément de preuve corroborant. La preuve nouvelle révèle que c'était une erreur que de s'appuyer sur cet élément de preuve et, si elle est retenue, non seulement elle ébranlera l'un des fondements de la décision du juge du procès de retenir le témoignage de la plaignante et de rejeter la version des faits de l'appelant, mais elle pourrait être invoquée pour attaquer la crédibilité de la plaignante. L'agent était qualifié pour décrire la blessure qu'il avait observée, mais on pourrait sans doute lui reprocher d'avoir outrepassé les limites du témoignage d'opinion que peut offrir un profane. Comme l'expert réfute directement l'opinion

evidence was sufficiently cogent that it could reasonably be expected to have affected the verdict. It was not necessary to address the other grounds of appeal.

Per Deschamps and Rothstein JJ. (dissenting): Although the due diligence criterion should not trump the other *Palmer* criteria, neither should it be ignored. Lack of due diligence at trial is a consideration weighing against reception of the new evidence on appeal.

The expert evidence, even if believed, could not reasonably be expected to affect the result which was the conviction of the accused for sexual assault and sexual assault with a weapon. The biting issue was minor at trial and defence counsel did not consider it sufficiently important to object to the admission of the officer's evidence as to the mark or to have considered calling expert evidence at the time. Several other factors also supported the complainant's version of events and the rejection of that of the accused: (i) the evidence of her post event demeanour; (ii) the evidence of the condition of the home and the items located in it; (iii) the evidence relating to the existence of the dull knife; (iv) the manner in which the accused described his interaction and control over the complainant during the sexual activity; and (v) the general internal and external logic and consistency of the complainant's version as opposed to the accused's version of events. An examination of the trial judge's reasons, and the factors that he considered in coming to the conclusion that the accused's evidence was "not capable of belief" all demonstrate the minor nature of the biting evidence.

Evidence of post-event demeanour of a sexual assault complainant can be used as circumstantial evidence to support a complainant's version of events and it was entirely appropriate for the judge to have regard to the demeanour evidence as part of all the evidence considered by him. On the basis of uncontested evidence and the internal and external logic and consistency and detail of the complaint's description of events as opposed to the evidence of the accused, the post-event demeanour evidence was not the sole basis for the credibility determination.

de l'agent, l'effet préjudiciable qu'a eu l'admission injustifiée de cette opinion ressort nettement. Compte tenu des éléments de preuve produits au procès et des motifs du juge du procès dans leur ensemble, le nouvel élément de preuve était suffisamment convaincant pour qu'on puisse raisonnablement penser qu'il aurait influé sur le verdict. Il n'était pas nécessaire de traiter des autres moyens d'appel.

Les juges Deschamps et Rothstein (dissidents) : Le critère de la diligence raisonnable ne doit pas primer les autres critères établis dans *Palmer*, mais il ne faut pas non plus l'ignorer. L'absence de diligence raisonnable au procès est un facteur qui joue contre la production du nouvel élément de preuve en appel.

Même si l'on ajoute foi au témoignage de l'expert, on ne peut raisonnablement penser qu'il aurait influé sur le résultat, en l'occurrence la déclaration de culpabilité de l'accusé pour agression sexuelle et agression sexuelle armée. Peu d'importance a été accordée à la question de la morsure au procès, et l'avocat de la défense n'a pas jugé que cela valait la peine de s'opposer à l'admission du témoignage de l'agent qui a parlé de la marque, ou de songer à appeler un expert à témoigner à ce moment-là. Plusieurs autres facteurs étayaient aussi la version des faits de la plaignante et justifiaient le rejet de celle de l'accusé : (i) la preuve relative à l'attitude de la plaignante après les faits; (ii) la preuve de l'état de la résidence et des objets qui s'y trouvaient; (iii) la preuve concernant l'existence du couteau émoussé; (iv) la description par l'accusé de son comportement envers la plaignante et du contrôle qu'il a exercé sur elle au cours de l'activité sexuelle; et (v) de façon générale, la logique interne et externe et la cohérence de la version de la plaignante comparativement à celle de l'accusé. L'examen des motifs du juge du procès et des facteurs qu'il a pris en considération pour conclure que « l'on ne peut pas ajouter foi » au témoignage de l'accusé démontre que la preuve de la morsure n'avait pas beaucoup d'importance.

Dans un cas d'agression sexuelle, la preuve relative à l'attitude d'une plaignante après les faits peut être utilisée en tant que preuve circonstancielle pour étayer la version des faits de la plaignante et il n'y avait rien d'incorrect à ce que le juge tienne compte de la preuve relative à l'attitude, parmi tous les éléments de preuve qu'il a analysés. Compte tenu de la preuve non contestée ainsi que de la logique interne et externe et de la cohérence et la précision de la description des faits par la plaignante, par rapport au témoignage de l'accusé, la conclusion du juge du procès sur la crédibilité ne reposait pas uniquement sur la preuve relative à l'attitude après les faits.

Finally, the trial judge properly applied the steps in the analysis conducted pursuant to *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. He kept his eye firmly on the proper standard and burden of proof, expressly instructed himself of the *W. (D.)* factors set out in, and then tracked the steps of that analysis in his reasons. His reasons carefully reviewed and evaluated the testimony of the various witnesses in support of his conclusion on credibility.

Cases Cited

By Charron J.

Applied: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

By Rothstein J. (dissenting)

R. v. W. (D.), [1991] 1 S.C.R. 742; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *Murphy v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 603.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 683(1)(d).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Goudge and MacPherson J.J.A.), 2010 ONCA 491, 261 C.C.C. (3d) 125, 265 O.A.C. 304, 78 C.R. (6th) 40, [2010] O.J. No. 2902 (QL), 2010 CarswellOnt 4840, upholding the accused's convictions. Appeal allowed, Deschamps and Rothstein J.J. dissenting.

Marie Henein and Matthew Gourlay, for the appellant.

Kimberley Crosbie, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Charron and Cromwell J.J. was delivered by

[1] CHARRON J. — This is an appeal as of right. The appellant, J.A.A., was convicted of sexual assault and sexual assault with a weapon (a knife), both offences arising from an alleged confrontation with his wife, S.A., on June 8, 2007. The couple had agreed to separate as of May 1, 2007, but continued to live together in the family home at the time of the incident. It is admitted that they had

Enfin, le juge du procès a bien appliqué les étapes de l'analyse décrite dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. Il a toujours gardé à l'esprit la norme et le fardeau de preuve appropriés, s'est expressément guidé sur les facteurs énoncés dans *W. (D.)*, puis a suivi les étapes de cette analyse dans ses motifs. Dans ses motifs, il a examiné attentivement et apprécié les dépositions des différents témoins pour étayer sa conclusion sur la crédibilité.

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêt appliqué : *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

R. c. W. (D.), [1991] 1 R.C.S. 742; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *Murphy c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 603.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 683(1)(d).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Winkler, Goudge et MacPherson), 2010 ONCA 491, 261 C.C.C. (3d) 125, 265 O.A.C. 304, 78 C.R. (6th) 40, [2010] O.J. No. 2902 (QL), 2010 CarswellOnt 4840, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé. Pourvoi accueilli, les juges Deschamps et Rothstein sont dissidents.

Marie Henein et Matthew Gourlay, pour l'appellant.

Kimberley Crosbie, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE CHARRON — Il s'agit d'un appel de plein droit. L'appellant, J.A.A., a été reconnu coupable d'agression sexuelle et d'agression sexuelle armée (un couteau), deux infractions qui auraient été commises lors d'une dispute avec son épouse, S.A., le 8 juin 2007. Les conjoints ont convenu de se séparer le 1^{er} mai 2007, mais ils habitaient encore ensemble dans la résidence familiale lors de

sexual relations over the course of one and a half to two hours on the morning in question. However, the parties present drastically different versions of the circumstances surrounding these events.

[2] S.A. testified that J.A.A. sexually assaulted her repeatedly, at one point showing her a knife and threatening to kill himself and her as well. She also testified that she bit one of his fingers during the assault “very hard”, “as hard as I could”. When the events ended, S.A. drove immediately to a friend’s home and the police were called. The neighbour and one of the police officers testified that the complainant was crying, distraught and appeared terrified. A police officer who interviewed J.A.A. that afternoon testified that he saw a cut that looked like a bite mark on one of J.A.A.’s fingers. The officer then explained in more detail why he thought it was a tooth mark. Defence counsel did not object to the officer’s opinion evidence but cross-examined him on his lack of expertise in this area and on the failure to retain an expert on dental marks. J.A.A. denied sexually assaulting the complainant. He provided considerable detail about the events in question but testified that the sexual relations were consensual. He also denied that S.A. bit him at any time.

[3] The trial judge found the complainant credible (2008 CarswellOnt 9505 (Ct. J.)). He also found no reason to reject J.A.A.’s testimony, when taken in isolation. However, the trial judge was ultimately satisfied beyond a reasonable doubt of J.A.A.’s guilt based on the complainant’s evidence, her post-event demeanour, the injury to J.A.A.’s finger, photographs taken of the home when investigated by the police which were consistent with her testimony as to where various items of clothing were left, the existence of the knife and the general internal and external logic and consistency of her description of the events.

l’incident. Il est admis que, le matin en question, ils ont eu des rapports sexuels d’une durée d’une heure et demie à deux heures. Les parties présentent toutefois des versions considérablement différentes des circonstances entourant ces faits.

[2] S.A. a témoigné que J.A.A. l’avait agressée sexuellement à plusieurs reprises et, à un moment donné, lui avait montré un couteau et avait menacé de se suicider et de la tuer. Toujours selon son témoignage, elle avait mordu l’accusé [TRADUCTION] « très fort », « de toutes [s]es forces », à un doigt au cours de l’agression. Après les faits, S.A. s’est rendue sur-le-champ en voiture chez une amie, et la police a été appelée. La voisine et une agente de police ont témoigné que la plaignante pleurait, était complètement bouleversée et semblait terrifiée. Un agent de police qui avait interrogé J.A.A. en après-midi ce jour-là a affirmé avoir vu une coupure ressemblant à une morsure sur un des doigts de J.A.A. L’agent a ensuite expliqué plus en détail pourquoi il croyait qu’il s’agissait d’une morsure. L’avocat de la défense ne s’est pas opposé au témoignage d’opinion de l’agent, mais il l’a contre-interrogé sur son manque de connaissance spécialisée en la matière et sur l’omission de faire appel à un expert en morsures. J.A.A. a nié avoir agressé sexuellement la plaignante. Il a décrit les faits de manière très détaillée, mais il a affirmé que les rapports sexuels étaient consensuels. Il a aussi nié que S.A. l’avait mordu à quelque moment que ce soit.

[3] Le juge du procès a trouvé la plaignante crédible (2008 CarswellOnt 9505 (C.J.)). Il a aussi conclu qu’il n’existait aucune raison de rejeter le témoignage de J.A.A., pris isolément. En dernière analyse, il était cependant convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de J.A.A., en raison du témoignage de la plaignante, de son attitude après les faits, de la blessure au doigt de J.A.A., des photographies de la résidence prises au cours de l’enquête policière — concordant avec le témoignage de la plaignante quant à l’endroit où différents vêtements avaient été dispersés —, de l’existence du couteau et, en général, de la logique interne et externe et de la cohérence de la version des faits de la plaignante.

[4] J.A.A. appealed his convictions to the Court of Appeal for Ontario on the grounds that the trial judge improperly rejected his evidence without any basis or foundation and erred in law in his approach to assessing credibility. J.A.A. contended that the trial judge placed too much emphasis on the post-event demeanour of the complainant as a factor in conviction. In particular, he argued that evidence of her emotional reaction when she saw him two days after the events as he was escorted by police to the house to gather his personal belongings was of no probative value and should not have been admitted. J.A.A. also argued that the trial judge erred in relying on the injury to his finger as corroborative evidence, as the officer's lay opinion evidence that it was a bite mark was inadmissible. On this latter point, J.A.A. moved to introduce as fresh evidence the report of Dr. Wood, a forensic dentist, who concluded that the mark on his finger was *not* the result of a bite mark. In addition, Dr. Wood concluded that, based on the complainant's testimony, he would have expected to find evidence of a bite mark. J.A.A. argued that this fresh evidence strongly undermined the trial judge's reasons and verdict.

[5] The majority of the Court of Appeal dismissed J.A.A.'s application to introduce fresh evidence, holding that Dr. Wood's evidence, even if believed, could not reasonably be expected to have affected the result (2010 ONCA 491, 261 C.C.C. (3d) 125). The majority added that the due diligence criterion, which the appellant essentially conceded he could not meet, "cannot be ignored or wished away" as it plays an important role in the administration of criminal justice (para. 34). The majority also rejected the other grounds of appeal and upheld the convictions. Winkler C.J.O., dissenting, would have allowed the application to introduce fresh evidence. He would also have ordered a new trial on the basis that the trial judge improperly admitted

[4] J.A.A. a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité à la Cour d'appel de l'Ontario. Il soutenait que le juge du procès avait rejeté son témoignage irrégulièrement, sans justification, et qu'il avait commis une erreur de droit dans son appréciation de la crédibilité. J.A.A. faisait valoir que le juge du procès avait accordé trop d'importance à l'attitude de la plaignante après les faits comme facteur justifiant une déclaration de culpabilité. Plus particulièrement, selon lui, la preuve de la réaction émotive de la plaignante, au moment où elle l'avait aperçu, deux jours après l'événement, lorsqu'il était retourné à la maison en compagnie des policiers pour récupérer ses effets personnels, n'avait aucune valeur probante et n'aurait pas dû être admise. J.A.A. soutenait également que le juge du procès avait commis une erreur en se fondant sur sa blessure au doigt en tant qu'élément de preuve corroborant, car le témoignage d'opinion qu'il s'agissait d'une morsure était inadmissible de la part de l'agent, qui n'était pas un expert en la matière. Sur ce dernier point, J.A.A. a demandé par requête l'autorisation de présenter un nouvel élément de preuve, en l'occurrence le rapport du D^r Wood, un expert en odontologie médico-légale, selon lequel la marque sur le doigt de J.A.A. *ne* résultait *pas* d'une morsure. Le D^r Wood a aussi dit qu'il se serait attendu à découvrir la preuve d'une morsure compte tenu du témoignage de la plaignante. J.A.A. a fait valoir que ce nouvel élément de preuve affaiblissait considérablement les motifs et le verdict du juge du procès.

[5] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté la requête de J.A.A., estimant que, même en ajoutant foi à la preuve du D^r Wood, on ne peut raisonnablement penser qu'elle aurait influé sur l'issue du procès (2010 ONCA 491, 261 C.C.C. (3d) 125). Toujours selon les juges majoritaires, on [TRADUCTION] « ne saurait faire abstraction » du critère de la diligence raisonnable — auquel l'appellant a essentiellement admis ne pas pouvoir répondre —, car il joue un rôle important dans l'administration de la justice criminelle (par. 34). Les juges majoritaires ont aussi rejeté les autres moyens d'appel et confirmé les déclarations de culpabilité. Le juge en chef Winkler, dissident, aurait autorisé la présentation du nouvel élément de preuve. Il aurait

lay opinion evidence on the bite mark and demeanour evidence of the complainant, and misdirected himself as to the manner in which he applied the criminal onus of proof.

[6] I would allow the application to introduce fresh evidence.

[7] The criteria for admissibility of fresh evidence, established in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, are well known: (1) the evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial; (2) the evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial; (3) the evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief; and (4) it must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

[8] The appellant essentially concedes that he cannot meet the due diligence criterion, as this evidence obviously could have been adduced at trial. He submits, however, that this factor should not be determinative. Trial counsel explained in an affidavit that he did not consider retaining any kind of expert to examine the photos of the mark on his client's finger, as it seemed to him that "the mark was a minor generic scratch" which in fact appeared inconsistent with the complainant's testimony. Further, the Crown did not contemplate calling expert evidence about the mark. I agree that the due diligence criterion should not trump the other *Palmer* criteria, particularly in circumstances such as here where trial counsel's strategy was not unreasonable given the nature of the anticipated Crown evidence.

[9] The Crown concedes that criteria (2) and (3) are met: Dr. Wood's report is relevant and

également ordonné un nouveau procès parce que, selon lui, le juge du procès avait admis à tort le témoignage d'opinion d'un profane sur la morsure et la preuve de l'attitude de la plaignante, et parce qu'il avait commis une erreur dans l'application du fardeau de la preuve en matière criminelle.

[6] Je suis d'avis d'accueillir la requête visant la présentation d'un nouvel élément de preuve.

[7] Les critères d'admissibilité d'un nouvel élément de preuve, établis dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, sont bien connus : (1) on ne devrait généralement pas admettre une preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès; (2) la preuve doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès; (3) la preuve doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi; et (4) elle doit être telle que, si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

[8] L'appelant concède pour l'essentiel qu'il lui est impossible de répondre au critère de la diligence raisonnable, étant donné que l'élément de preuve en cause aurait pu être produit au procès. Il soutient cependant que ce facteur ne devrait pas être déterminant. Dans un affidavit, l'avocat de l'appelant au procès explique qu'il n'a pas songé à avoir recours à un expert quelconque pour analyser les photographies de la marque sur le doigt de son client, car il avait l'impression que [TRADUCTION] « cette marque découlait d'une petite égratignure ordinaire » qui, en fait, ne semblait pas concorder avec le témoignage de la plaignante. De plus, le ministère public n'a pas envisagé de faire témoigner un expert au sujet de cette marque. Je conviens que le critère de la diligence raisonnable ne doit pas primer les autres critères établis dans *Palmer*, surtout dans des circonstances, comme celles-ci, où la stratégie de l'avocat au procès n'était pas déraisonnable compte tenu de la nature de la preuve qu'était censé produire le ministère public.

[9] Le ministère public concède que les deuxième et troisième critères sont respectés : le rapport du

reasonably capable of belief. Dr. Wood's credentials are impressive; indeed, after cross-examining him and consulting another expert, the Crown presented no evidence in response to the fresh evidence. The application therefore turns on the final criterion.

[10] I respectfully disagree with the majority below that Dr. Wood's evidence could not reasonably be expected to have affected the result. As I read the trial judge's reasons, he viewed this case as a close one. While he found the complainant credible, he also commented favourably on the appellant's testimony. After instructing himself on the appropriate standard of proof, the trial judge explained how he resolved the credibility issue, stating as follows:

I found the evidence of the complainant compelling, straightforward, credible, and supported by her demeanour after she left the house, in her contact with her neighbour, and shortly after when her husband attended to retrieve his clothing; and as well at the hospital and the Mountain Station when giving her initial statements. Her evidence was also supported by the injury to the accused's finger, and the general condition of the home when investigated by the police; including the location of various items of clothing, and the existence of the dull knife.

The accused's evidence was articulate, responsive to the questions asked, and generally unshaken in cross-examination. Taken in isolation, there was little in the substance of his evidence, or in the manner in which it was given, that suggested it was untrue.

Stacked beside [S.A.'s] evidence, the evidence of the complainant's demeanour after the attack, the evidence of injury to the accused's finger, their evidence with regard to the accused's possession of the knife, and their shared knowledge that the knife was dull, the manner in which the accused described his interaction with the complainant during the event, and the manner in which he described his control of her, all of which I find supportive of the complainant's evidence, and the

D^r Wood est pertinent et l'on peut raisonnablement y ajouter foi. Les titres de compétence du D^r Wood sont impressionnants; en fait, après l'avoir contre-interrogé et avoir consulté un autre expert, le ministère public n'a présenté aucune contre-preuve en réponse au nouvel élément de preuve. Par conséquent, l'issue de la requête dépend du dernier critère.

[10] En toute déférence, je ne partage pas l'avis des juges majoritaires de la Cour d'appel que la preuve du D^r Wood n'aurait pas pu raisonnablement influencer sur l'issue du procès. À ce que je comprends des motifs du juge du procès, l'affaire ne lui semblait pas facile à résoudre. Il a trouvé la plaignante crédible, mais il a aussi fait des commentaires favorables sur le témoignage de l'appelant. Après avoir exposé la norme de preuve qu'il devait appliquer, le juge du procès a expliqué en ces termes comment il avait résolu la question de la crédibilité :

[TRADUCTION] À mon avis, le témoignage de la plaignante est convaincant, sincère et crédible, et il est étayé par la manière dont elle s'est comportée après son départ de la maison, lorsqu'elle est allée chez sa voisine et, peu de temps après, quand son mari est venu récupérer ses vêtements, de même qu'à l'hôpital et au poste de police de Mountain, où elle a fait ses premières déclarations. Son témoignage est aussi étayé par la blessure au doigt de l'accusé et par l'état général de la résidence au moment de l'enquête policière, notamment l'endroit où se trouvaient différents vêtements, et par l'existence du couteau émoussé.

Lorsqu'il a témoigné, l'accusé s'est exprimé clairement, a bien répondu aux questions et, pour l'essentiel, n'a pas été ébranlé en contre-interrogatoire. Pris isolément, le contenu de son témoignage et la manière dont il l'a livré ne donnent guère matière à douter de sa véracité.

Lorsqu'on le compare avec le témoignage [de S.A.], la preuve relative à l'attitude de la plaignante après l'agression, la preuve d'une blessure au doigt de l'accusé, leurs témoignages sur le couteau que l'accusé avait en sa possession et le fait qu'ils sachent tous les deux que le couteau était émoussé, ainsi que la manière dont l'accusé a décrit son comportement envers la plaignante durant l'incident et son contrôle sur elle — éléments qui corroborent tous, selon moi, le témoignage de la plaignante — et,

general internal and external logic and consistency of the complainant's description of the events, as opposed to the accused's evidence as outlined in the Crown's submissions, I find the accused's evidence is not capable of belief.

Considering all of the evidence, I am satisfied beyond a reasonable doubt that the accused is guilty of the offence of sexual assault and sexual assault with a weapon. [Emphasis added; paras. 86-90.]

[11] Crown counsel at trial urged the trial judge to accept the officer's testimony that the injury to J.A.A.'s finger was a bite mark and argued that this evidence corroborated S.A.'s version of events. The Crown now seeks to downplay the importance of the bite mark evidence. However, in ultimately rejecting J.A.A.'s testimony, the trial judge twice mentioned the injury to J.A.A.'s finger, clearly regarding it as corroborative. The fresh evidence now reveals that reliance on this evidence is misplaced. Dr. Wood's evidence, if accepted, not only vitiates one of the bases for the trial judge's reliance on the complainant's testimony and his rejection of the appellant's version of events, but it also arguably undermines the credibility of S.A.'s testimony that she bit down on J.A.A.'s finger "as hard as [she] could". While the officer was qualified to describe the injury he saw, his evidence arguably exceeded the proper boundaries of lay opinion evidence. As the appellant fairly concedes in his factum, "If the opinion stood unchallenged, the error may have been of little consequence." However, in light of Dr. Wood's direct refutation of the officer's opinion, "the prejudicial effect of its erroneous admission is brought into sharp focus" (A.F., at para. 43). It is not necessary to decide on this application to what extent the officer's testimony may have been inadmissible. For our purposes, it suffices to say that it appears to have been clearly wrong. Thus, the trial judge's reliance on this item of evidence is of much concern.

de façon générale, la logique interne et externe et la cohérence de la version des faits de la plaignante, par rapport au témoignage de l'accusé comme l'a souligné le ministère public dans ses observations, j'estime que l'on ne peut pas ajouter foi au témoignage de l'accusé.

Compte tenu de l'ensemble de la preuve, je suis convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable d'agression sexuelle et d'agression sexuelle armée. [Je souligne; par. 86-90.]

[11] L'avocate du ministère public en première instance a exhorté le juge du procès à accepter le témoignage de l'agent de police selon lequel la blessure au doigt de J.A.A. était une marque de morsure et elle a soutenu que ce témoignage corroborait la version des faits de S.A. Le ministère public cherche maintenant à minimiser l'importance de la preuve relative à la morsure. Toutefois, lorsqu'il a rejeté le témoignage de J.A.A., en dernière analyse, le juge du procès a mentionné à deux reprises sa blessure au doigt, qu'il considérait manifestement comme un élément de preuve corroborant. Or, la preuve nouvelle révèle maintenant que c'était une erreur que de s'appuyer sur cet élément de preuve. Si elle est retenue, non seulement la preuve émanant du D^r Wood ébranlera l'un des fondements de la décision du juge du procès de retenir le témoignage de la plaignante et de rejeter la version des faits de l'appellant, mais elle pourrait être invoquée pour attaquer la crédibilité du témoignage de S.A. selon lequel elle a mordu le doigt de J.A.A. [TRADUCTION] « de toutes [s]es forces ». L'agent était qualifié pour décrire la blessure qu'il avait observée, mais on pourrait sans doute lui reprocher d'avoir outrepassé les limites du témoignage d'opinion que peut offrir un profane. Comme l'a concédé à juste titre l'appellant dans son mémoire : [TRADUCTION] « Si cette opinion n'avait pas été contestée, cette erreur n'aurait peut-être guère eu de conséquence. » Mais, comme le D^r Wood réfute directement l'opinion de l'agent, [TRADUCTION] « l'effet préjudiciable qu'a eu l'admission injustifiée de cette opinion ressort nettement » (m.a., par. 43). Dans le cadre de la présente requête, point n'est besoin de décider dans quelle mesure le témoignage de l'agent pouvait être inadmissible. Il suffit de dire que ce témoignage semble manifestement inexact. Le fait que le juge du procès se soit appuyé sur cet élément de preuve est donc très problématique.

[12] It is apparent, and understandable, from the trial judge's reasons that he looked closely at any item of physical evidence that could assist him in determining the credibility issue. For example, I note that in another part of his reasons, he referred to a photograph showing a possible scratch in the accused's pubic area, commenting that the mark was not directly on the penis. As the complainant had testified that she scratched J.A.A.'s penis, the trial judge stated, "It is troubling to me, that the officers who were there when the photograph was taken, saw no indication of an injury" on the penis (para. 80). He therefore resolved that he would treat this item of evidence as essentially neutral.

[13] When considered in the context of the other evidence at trial and the trial judge's reasons as a whole, I agree with Winkler C.J.O. that Dr. Wood's evidence "is sufficiently cogent that it could reasonably be expected to have affected the verdict" (para. 80).

[14] In my respectful view, it would be unsafe to uphold the convictions on the strength of the other factors which the trial judge considered supportive of his conclusion. The majority in the Court of Appeal found two of these factors to be "particularly powerful": "the complainant's physical and emotional state in the minutes and hours after the event" and "the logic of the complainant's testimony", as opposed to the appellant's version of consensual sex (para. 38). I agree with counsel for the appellant that it would be dangerous for this Court to uphold the convictions and thus resolve the credibility issue in this case on the strength of demeanour evidence, or on the basis that one party's version was less plausible than the other's. While one may reasonably view the appellant's version of consensual sex implausible in the circumstances outlined by the majority (para. 38), counsel aptly points out that the same could be said about the complainant's version. It also seems implausible that the appellant, who had never been depressed, violent, or aggressive in the 19 years the parties spent together, suddenly turned into the

[12] Les motifs du juge du procès révèlent qu'il a procédé à un examen attentif, et bien compréhensible, de chaque élément de preuve matérielle susceptible de l'aider à trancher la question de la crédibilité. Par exemple, je constate qu'il mentionne, ailleurs dans ses motifs, une photographie du pubis de l'accusé montrant ce qui ressemble à une égratignure et fait remarquer que cette marque n'est pas directement sur le pénis de l'accusé. Comme la plaignante avait témoigné avoir égratigné le pénis de J.A.A., le juge du procès a dit : [TRADUCTION] « À mon avis, il est troublant que les agents de police présents lorsque la photographie a été prise n'aient vu aucun signe de blessure » sur le pénis (par. 80). Il a donc décidé de considérer cet élément de preuve comme essentiellement neutre.

[13] Je suis d'accord avec le juge en chef Winkler pour dire que, compte tenu des éléments de preuve produits au procès et des motifs du juge du procès dans leur ensemble, la preuve du D^r Wood [TRADUCTION] « est suffisamment convaincante pour qu'on puisse raisonnablement penser qu'elle aurait influé sur le verdict » (par. 80).

[14] Soit dit en toute déférence, il serait imprudent de confirmer les déclarations de culpabilité sur la base des autres facteurs que le juge du procès a utilisés pour justifier sa conclusion. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont trouvé [TRADUCTION] « particulièrement convaincants » deux de ces facteurs : [TRADUCTION] « l'état physique et émotif de la plaignante dans les minutes et les heures qui ont suivi l'incident » et « la logique de son témoignage » par rapport à celle de la version de l'appelant selon laquelle l'activité sexuelle était consensuelle (par. 38). Je conviens avec l'avocate de l'appelant qu'il serait risqué pour notre Cour en l'espèce de confirmer les déclarations de culpabilité et de résoudre ainsi la question de la crédibilité sur la base de la preuve relative à l'attitude ou en s'appuyant sur le fait que la version d'une partie est plus plausible que celle de l'autre. Certes, l'on pourrait raisonnablement juger invraisemblable la version de l'appelant selon laquelle l'activité sexuelle était consensuelle dans les circonstances exposées par les juges majoritaires (par. 38), mais l'avocate souligne à bon droit que l'on pourrait en dire autant de la version de la plaignante.

suicidal, violent rapist described by the complainant. J.A.A. adamantly denied ever having had suicidal thoughts, stating in response to the complainant's testimony on the subject that he did not "even know what she's talking about" (A.R., vol. II, at p. 107). In this regard, I find the trial judge's observations at the time of sentencing noteworthy. He stated the following:

All of the character letters and the pre-sentence report describe a responsible father with a good work history, no criminal record or prior involvement with the law, and no history whatsoever of violence either towards intimate partners or strangers.

In comparing the offender, who I have found committed these offences, with the person described in the reference letters and the pre-sentence report, I can only come to the conclusion that these offences are entirely out of character for this accused, and on the date in question, he snapped when he committed these most grievous offences. [A.R., vol. I, at pp. 34-35]

[15] As Winkler C.J.O. concluded, the weight the fresh evidence ought to be given will ultimately be "a question for a trier of fact, after cross-examination and in the context of the other evidence that may be adduced" at the new trial (para. 81).

[16] Having found that the fresh evidence should be admitted, I do not find it necessary to deal with the other grounds of appeal. I would allow the appeal, set aside the convictions, and order a new trial.

The reasons of Deschamps and Rothstein JJ. were delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting) —

I. Introduction

[17] This appeal arises from sexual activity that took place on June 8, 2007, between a married

Il semble aussi invraisemblable que l'appelant, qui n'a jamais été déprimé, violent ou agressif durant les 19 années qu'il a passées avec la plaignante, soit devenu soudainement le violeur suicidaire et violent dont elle parle. J.A.A. a nié catégoriquement avoir, à quelque moment que ce soit, songé à se suicider; en réponse au témoignage de la plaignante à ce sujet, il a dit : [TRADUCTION] « Je ne sais même pas de quoi elle parle » (d.a., vol. II, p. 107). À cet égard, je crois utile de citer les observations suivantes faites par le juge du procès au moment de la détermination de la peine :

[TRADUCTION] Toutes les lettres concernant la moralité et le rapport présentiel décrivent un père responsable, qui a de bons antécédents professionnels, qui n'a pas de casier judiciaire — ni eu auparavant de démêlés avec la justice — et qui n'a aucun antécédent de violence envers ses partenaires ou des étrangers.

Lorsque je compare le délinquant qui, selon moi, a commis ces infractions avec la personne décrite dans les lettres de recommandation et le rapport présentiel, je suis forcé de conclure que ce n'était pas du tout dans les mœurs de l'accusé de commettre ce genre d'infractions et que, ce jour-là, il a disjoncté lorsqu'il a commis ces infractions très graves. [d.a., vol. I, p. 34-35]

[15] Comme l'a conclu le juge en chef Winkler, [TRADUCTION] « c'est à un juge des faits qu'il appartiendra de décider quel poids accorder » à ce nouvel élément de preuve, « après le contre-interrogatoire et eu égard aux autres éléments de preuve qui pourraient être produits » au nouveau procès (par. 81).

[16] Vu ma conclusion que le nouvel élément de preuve doit être admis, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de traiter des autres moyens d'appel. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Deschamps et Rothstein rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) —

I. Introduction

[17] Le présent pourvoi découle d'une activité sexuelle à laquelle un couple marié engagé dans un

couple in the process of separating. The issue is whether that activity was consensual.

[18] By way of background, the undisputed evidence was that this couple had not had sexual relations for at least 18 months prior to the incident. The accused was aware that the complainant was not interested in sexual relations with him. For some years prior to the incident, the couple only had sexual relations twice a year. Six months prior to the incident, the accused had taken up a bedroom in the basement of the matrimonial home, and was no longer sleeping in the same room as the complainant. The separation was against the wishes of the accused and had been initiated by the complainant. At trial, the accused testified that he was concerned about the complainant's possible infidelity.

[19] On the morning of the incident, the couple were in the matrimonial home and the complainant was preparing to go to work. Her evidence, accepted by the trial judge, was that the accused grabbed her from behind, forced her to his bedroom in the basement, and then forced her to have sexual intercourse and oral sex. When the accused put his hand over her mouth to stop her from screaming, she testified that she bit his finger as hard as she could. She also says that at one point during the sexual activity, the accused threatened to kill himself with a knife, and also threatened to kill her. Immediately after the sexual activity ended, the complainant dressed and drove to the home of a friend, where she disclosed that she had been raped. She was observed to be in an hysterical and terrified state.

[20] The police were called, and the accused was arrested and charged with sexual assault and sexual assault with a weapon. The accused said that the sexual activity was initiated by the complainant and was entirely consensual. He denied that the complainant had bitten his finger. At trial, a police officer testified that he had observed what he believed to be a bite mark on the index finger of the accused.

processus de séparation s'est livré, le 8 juin 2007. Il s'agit de savoir si cette activité était consensuelle.

[18] Situons d'abord l'affaire dans son contexte. La preuve non contestée montre que le couple n'avait pas eu de rapports sexuels depuis au moins 18 mois au moment de l'incident. L'accusé savait que la plaignante ne désirait pas avoir de rapports sexuels avec lui. Le couple n'avait eu des rapports sexuels que deux fois l'an au cours des dernières années. Six mois auparavant, l'accusé avait emménagé dans une chambre à coucher au sous-sol du domicile conjugal et il ne dormait plus dans la même pièce que la plaignante. C'est la plaignante qui avait enclenché le processus de séparation, contre le gré de l'accusé. Au procès, l'accusé a dit craindre que la plaignante lui ait été infidèle.

[19] Le matin de l'incident, le couple se trouvait dans le domicile conjugal, et la plaignante se préparait à aller travailler. Selon le témoignage de cette dernière, accepté par le juge du procès, l'accusé l'a saisie par derrière, l'a forcée à venir dans la chambre à coucher qu'il occupait au sous-sol, puis l'a obligée à avoir des rapports sexuels avec lui et à lui faire une fellation. La plaignante a témoigné qu'au moment où l'accusé lui a mis la main sur la bouche pour l'empêcher de crier, elle lui a mordu un doigt de toutes ses forces. Elle a ajouté que l'accusé, à un moment donné durant les rapports sexuels, a menacé de se suicider avec un couteau et a aussi menacé de la tuer. Tout de suite après l'activité sexuelle, la plaignante s'est habillée et s'est rendue en voiture chez une amie, à qui elle a dit avoir été violée. Aux dires de ceux qui l'ont alors vue, elle était hystérique et terrifiée.

[20] On a appelé la police, et l'accusé a été arrêté et inculpé d'agression sexuelle et d'agression sexuelle armée. L'accusé a affirmé que c'est la plaignante qui avait amorcé l'activité sexuelle et que celle-ci était parfaitement consensuelle. Il a nié que la plaignante l'avait mordu à un doigt. Au procès, un agent de police a témoigné avoir vu une marque, qui lui semblait être une morsure, sur l'index de l'accusé.

[21] The accused was convicted. Included as one of a number of the trial judge's findings was the fact that the complainant had bitten the accused's finger as he was taking her to the basement (2008 CarswellOnt 9505 (Ct. J.)).

[22] The accused now wishes to introduce fresh evidence of a forensic dental expert, who would testify that the mark on the accused's finger could not have been a bite mark. That evidence would have been available at trial, but was not adduced. The accused concedes that he cannot satisfy the due diligence test, one of the criteria for the admission of fresh evidence. However, he submits that this fresh evidence could reasonably have been expected to have affected the result of the trial had it been introduced at the time.

[23] I have had the opportunity to read the draft reasons of Charron J. She concludes that the application of the accused to introduce fresh evidence ought to be allowed, the fresh evidence admitted and a new trial ordered. I am of the respectful opinion that the expert evidence, even if believed, could not reasonably be expected to affect the result which was the conviction of the accused for sexual assault and sexual assault with a weapon. For this reason, as well as for the reasons I will outline relating to the issue of post-event demeanour evidence and the application of the *W. (D.)* analysis raised by the accused (*R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742), I would dismiss the appeal. I am in agreement with the reasons and conclusion of the majority of the Court of Appeal (2010 ONCA 491, 261 C.C.C. (3d) 125).

II. Issue 1: Fresh Evidence

[24] Section 683(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, allows a Court of Appeal to receive fresh evidence when it is in the "interests of justice" to do so. The four criteria for the admissibility of fresh evidence under this section of the *Criminal Code* are set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

[21] L'accusé a été déclaré coupable. Entre autres constatations, le juge du procès a conclu que la plaignante avait mordu l'accusé à un doigt lorsqu'il l'avait entraînée au sous-sol (2008 CarswellOnt 9505 (C.J.)).

[22] L'accusé souhaite maintenant produire un nouvel élément de preuve : le témoignage d'un expert en odontologie médico-légale qui affirmerait que la marque sur le doigt de l'accusé ne pouvait pas résulter d'une morsure. Cet élément de preuve aurait pu être produit au procès, mais il ne l'a pas été. L'accusé concède qu'il lui est impossible de satisfaire au critère de la diligence raisonnable, l'un des critères d'admissibilité d'un nouvel élément de preuve. Il soutient cependant qu'on peut raisonnablement penser que ce nouvel élément de preuve aurait influé sur le résultat s'il avait été présenté au procès.

[23] J'ai eu l'occasion de lire l'ébauche des motifs de la juge Charron. Selon elle, il faut accueillir la requête présentée par l'accusé en vue de présenter un nouvel élément de preuve, admettre cet élément de preuve et ordonner la tenue d'un nouveau procès. En toute déférence, je crois que, même si l'on ajoute foi au témoignage de l'expert, on ne peut raisonnablement penser qu'il aurait influé sur le résultat, en l'occurrence la déclaration de culpabilité de l'accusé pour agression sexuelle et agression sexuelle armée. Pour cette raison, ainsi que pour les motifs que j'exposerai concernant la preuve de l'attitude après les faits et l'application de l'analyse décrite dans *W. (D.) (R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742), qu'invoque l'accusé, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je souscris aux motifs et à la conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel (2010 ONCA 491, 261 C.C.C. (3d) 125).

II. Première question : Le nouvel élément de preuve

[24] L'alinéa 683(1)d) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, autorise une cour d'appel à admettre un nouvel élément de preuve lorsqu'il est dans l'« intérêt de la justice » de le faire. L'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, énonce les quatre critères d'admissibilité d'un nouvel élément de preuve pour l'application de cette disposition du *Code criminel*.

[25] Only two of the *Palmer* criteria are at issue in this case. The first criterion is that fresh evidence should not generally be admitted if by due diligence it could have been adduced at trial. The expert evidence the accused now seeks to have admitted could have been adduced at trial and this is conceded by him. I am in agreement with the majority of the Court of Appeal that the due diligence criterion plays an important role in the administration of justice and with the explanation provided by Doherty J.A. in *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), at p. 411:

The interests of justice referred to in s. 683 of the *Criminal Code* encompass not only an accused's interest in having his or her guilt determined upon all of the available evidence, but also the integrity of the criminal process. Finality and order are essential to that integrity. The criminal justice system is arranged so that the trial will provide the opportunity to the parties to present their respective cases and the appeal will provide the opportunity to challenge the correctness of what happened at the trial. Section 683(1)(d) of the *Code* recognizes that the appellate function can be expanded in exceptional cases, but it cannot be that the appellate process should be used routinely to augment the trial record. Were it otherwise, the finality of the trial process would be lost and cases would be retried on appeal whenever more evidence was secured by a party prior to the hearing of the appeal. For this reason, the exceptional nature of the admission of "fresh" evidence on appeal has been stressed

[26] I agree with Charron J. that the due diligence criterion should not trump the other *Palmer* criteria. Neither, however, should it be ignored. In this case, lack of due diligence at trial is a consideration that weighs against reception of new evidence on appeal.

[27] I now turn to the fourth *Palmer* criterion. We are concerned here with an application to adduce fresh evidence and with whether that evidence, when taken with the other evidence adduced at trial, could reasonably be expected to affect the result of the trial. To answer this question it is necessary to

[25] Seulement deux des critères établis dans *Palmer* sont en cause dans la présente affaire. Selon le premier critère, on ne devrait généralement pas admettre un nouvel élément de preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produit au procès. Or, l'accusé aurait pu présenter au procès le témoignage d'expert qu'il cherche maintenant à faire admettre, et il le concède. Je suis d'accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel pour dire que le critère de la diligence raisonnable joue un rôle important dans l'administration de la justice et je souscris à l'explication fournie par le juge Doherty dans l'arrêt *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), p. 411 :

[TRADUCTION] L'intérêt de la justice mentionné à l'art. 683 du *Code criminel* vise non seulement l'intérêt qu'a l'accusé à ce que sa culpabilité soit déterminée à la lumière de toute la preuve disponible, mais également l'intégrité du processus en matière criminelle. Le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires sont essentiels à cette intégrité. Le système de justice criminelle est organisé de telle manière que le procès donne aux parties la possibilité de présenter leur preuve, et l'appel la possibilité de contester la justesse de ce qui s'est produit au procès. L'alinéa 683(1)d) du *Code* reconnaît que le rôle des cours d'appel peut être élargi dans des cas exceptionnels, mais le processus d'appel ne peut être utilisé couramment pour étoffer le dossier constitué au procès. S'il en était autrement, le procès perdrait son caractère définitif et serait repris en appel chaque fois qu'une partie réussirait à recueillir d'autres éléments de preuve avant l'audition de l'appel. Voilà pourquoi le caractère exceptionnel de l'admission d'éléments de preuve « nouveaux » en appel a été souligné

[26] Je conviens avec le juge Charron que le critère de la diligence raisonnable ne doit pas primer les autres critères établis dans *Palmer*, mais il ne faut pas non plus l'ignorer. En l'espèce, l'absence de diligence raisonnable au procès est un facteur qui joue contre la production du nouvel élément de preuve en appel.

[27] Passons maintenant au quatrième critère établi dans *Palmer*. Nous sommes saisis en l'espèce d'une requête en vue de présenter un nouvel élément de preuve et de la question de savoir si on peut raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, il aurait influé sur

consider the importance of the issue addressed by the new evidence in the context of the other evidence adduced at trial and in that context whether the new evidence could be expected to affect the result arrived at by the trial judge.

[28] From a review of the transcript, it is clear that the defence itself did not see the bite mark as an important fact. The complainant testified that she bit a finger of the accused. In cross-examination, defence counsel had the complainant reconfirm her evidence-in-chief that she had bitten one of the accused's fingers when he had placed his hand over her mouth to stop her from screaming:

Q: And you said you bit him hard?

A: I bit him as hard as I could.

Q: Okay. And you recall it was the middle finger you bit as far as you can tell?

A: As far as I can tell, it was. I didn't look at his finger. [A.R., vol. II, at p. 16]

[29] Counsel only asked two questions of the detective who had testified that he thought he observed a bite mark on the index finger of the accused:

Q: And the evidence you gave with respect to the injury you observed on his index finger, you have given your opinion as to it being consistent with a tooth mark, but just so we're clear I take it that's your lay opinion; you have no particular expertise in dental marks or bite marks?

A: That's correct.

Q: Okay. And a dental mark was not retained in any way to look at that bite mark?

A: No. [A.R., vol. II, at p. 82]

[30] In direct examination, defence counsel simply asked the accused whether the complainant had bitten him and he said she had not.

le résultat. Pour répondre à cette question, on doit examiner l'importance de la question en litige visée par le nouvel élément de preuve, dans le contexte des autres éléments de preuve produits au procès, et déterminer si, dans ce contexte, on peut penser que ce nouvel élément de preuve aurait influé sur la décision à laquelle est arrivé le juge du procès.

[28] Il ressort clairement de la transcription que la défense elle-même ne considérerait pas la morsure comme un fait important. La plaignante a témoigné avoir mordu l'accusé à un doigt. En contre-interrogatoire, l'avocat de la défense a demandé à la plaignante de confirmer à nouveau la réponse qu'elle avait donnée lors de son interrogatoire principal, selon laquelle elle avait mordu l'accusé à un doigt au moment où il lui avait mis la main sur la bouche pour l'empêcher de crier :

[TRADUCTION]

Q : Et vous dites l'avoir mordu fort?

R : Je l'ai mordu de toutes mes forces.

Q : D'accord. Et vous croyez vous rappeler que c'est le majeur que vous lui avez mordu?

R : Si ma mémoire est bonne, oui. Je n'ai pas regardé son doigt. [d.a., vol. II, p. 16]

[29] L'avocat n'a posé que deux questions au détective qui a dit avoir cru apercevoir une morsure sur l'index de l'accusé :

[TRADUCTION]

Q : Et le témoignage que vous avez donné au sujet de la blessure que vous avez vue sur son index, vous avez dit être d'avis qu'elle correspond à une morsure. Mais soyons clairs : je présume que c'est votre avis en tant que profane; vous n'avez aucune connaissance spécialisée en empreintes dentaires ou en morsures?

R : C'est exact.

Q : D'accord. Et on n'a prélevé aucune empreinte dentaire de quelque manière que ce soit pour l'examen de cette morsure?

R : Non. [d.a., vol. II, p. 82]

[30] En interrogatoire principal, l'avocat de la défense a seulement demandé à l'accusé si la plaignante l'avait mordu, et il a répondu par la négative.

[31] That was the totality of the evidence counsel considered necessary to adduce with respect to the issue. I think this is indicative of how minor the biting issue was during the course of a two-day trial. I would think it logical that if the defence considered this a critical issue, more would have been made of it. To refute the complainant's evidence and the evidence of the officer who testified about the bite mark, it would be logical that the defence would have considered calling expert evidence at that time. At the very least, counsel could be expected to have objected to the admission of the officer's evidence. However, defence counsel apparently did not consider it sufficiently important to do so.

[32] To place the bite mark evidence in context, I turn to the other evidence adduced at trial.

[33] Culver J. recognized (at para. 88) that the "central issue in the end is one of consent" and that he was faced with two competing versions of events: the accused's version, in which the sexual activities were consensual, and the complainant's version in which the sexual activities were non-consensual. He ultimately accepted the complainant's version of events, and concluded that "the accused's evidence is not capable of belief" (para. 89).

[34] As the majority of the Court of Appeal observed, "The clear anchor of the trial judge's reasons for judgment was his belief of the complainant's testimony" (para. 27). The trial judge found her evidence to be "compelling, straightforward and credible" (*ibid.*).

[35] However, the trial judge did not rely solely on his belief that the complainant was credible when arriving at his conclusions. In addition to the bite mark, he also relied on a number of additional factors to support her version of events and reject the accused's version of events.

[36] The trial judge's reasons state that beside the bite mark he relied on the following factors to support the complainant's version of events and

[31] Ce qui précède représente la totalité de la preuve que l'avocat de la défense a jugé nécessaire de produire à ce sujet. À mon avis, cela témoigne du peu d'importance accordé à la question de la morsure durant les deux jours du procès. Il aurait été logique, selon moi, que la défense s'attarde davantage sur ce point si elle l'avait considéré comme crucial. Il aurait été logique que la défense songe à appeler un expert à témoigner à ce moment-là pour réfuter le témoignage de la plaignante et celui de l'agent de police qui a parlé de la morsure. On se serait attendu à tout le moins à ce que l'avocat de la défense s'oppose à l'admission du témoignage de l'agent. Toutefois, l'avocat n'a apparemment pas jugé que cela en valait la peine.

[32] Je vais maintenant analyser les éléments de preuve présentés au procès pour situer la preuve de la morsure dans son contexte.

[33] Le juge Culver a reconnu qu'[TRADUCTION] « en dernière analyse, la question fondamentale est celle du consentement » (par. 88), et qu'il devait trancher entre deux versions des faits opposées : celle de l'accusé, qui affirmait que l'activité sexuelle était consensuelle, et celle de la plaignante, qui affirmait le contraire. Le juge a finalement retenu la version de la plaignante et conclu que « l'on ne peut pas ajouter foi au témoignage de l'accusé » (par. 89).

[34] Comme l'ont fait remarquer les juges majoritaires de la Cour d'appel, [TRADUCTION] « [i]l est clair que le point d'ancrage des motifs du juge du procès est sa foi dans le témoignage de la plaignante », qui était selon lui « convaincant, sincère et crédible » (par. 27).

[35] Les conclusions du juge du procès ne reposent toutefois pas uniquement sur sa foi en la crédibilité de la plaignante. Il s'est aussi fondé sur plusieurs autres facteurs, outre la morsure, pour retenir la version des faits de la plaignante et rejeter celle de l'accusé.

[36] Dans ses motifs, le juge du procès indique qu'il a retenu la version des faits de la plaignante et rejeté celle de l'accusé en raison, non seulement de

to reject the accused's version: (i) the evidence of her post-event demeanour; (ii) the evidence of the condition of the home and the items located in it; (iii) the evidence relating to the existence of the dull knife; (iv) the manner in which the accused described his interaction and control over the complainant during the sexual activity; and (v) the general internal and external logic and consistency of the complainant's version as opposed to the accused's version of events.

[37] The first factor was the evidence of the complainant's post-event demeanour. There were three separate incidents that make up this post-event demeanour evidence: (i) immediately after the event she arrived at her friend's house, and was incoherent, crying, hysterical, terrified and disclosed that she had been raped; (ii) later that same day, after the police were called, she was observed to be visibly distraught at the hospital (where a rape kit was collected) and at the police station; and (iii) two days after the event, two police officers observed that the complainant had a visibly panicked reaction when the accused arrived at the matrimonial home to retrieve his property.

[38] This post-event demeanour evidence is consistent with a sexual assault having occurred. For the first incident in particular, there was no time lapse. The complainant was observed within minutes of her leaving the matrimonial home; this evidence was reflective of the complainant's reaction to the events that had just occurred. The fresh evidence would not bear in any way on this evidence.

[39] Defence counsel at trial argued that the post-event demeanour evidence "jar[red] somewhat" with the fact that the complainant did not take a shower, clean her teeth or put clean clothes on in order to preserve evidence (R.R., at pp. 10-11). However, the only place the complainant could have changed her clothes, cleaned her teeth or showered was at the matrimonial home, where the sexual assault had just taken place, and where the accused remained. The fact that she fled the scene of the

la morsure, mais aussi des facteurs suivants : (i) la preuve de l'attitude de la plaignante après les faits; (ii) la preuve de l'état de la résidence et des objets qui s'y trouvaient; (iii) la preuve concernant l'existence du couteau émoussé; (iv) la description par l'accusé de son comportement envers la plaignante et du contrôle qu'il a exercé sur elle au cours de l'activité sexuelle; et (v) de façon générale, la logique interne et externe et la cohérence de la version de la plaignante comparativement à celle de l'accusé.

[37] Un premier facteur est la preuve de l'attitude de la plaignante après les faits. Cette preuve concerne trois incidents distincts : (i) tout de suite après le fait, la plaignante est arrivée chez son amie, a tenu des propos incohérents, pleurait, était hystérique et terrifiée, et a dit avoir été violée; (ii) plus tard ce jour-là, après que la police a été appelée, on a constaté que la plaignante était de toute évidence complètement bouleversée à l'hôpital (où des échantillons ont été prélevés à l'aide de la trousse utilisée dans les cas de viol) et au poste de police; et (iii) deux jours après le fait, deux agents de police ont pu observer la réaction de panique évidente de la plaignante quand l'accusé est arrivé au domicile conjugal pour récupérer ses biens.

[38] Cette preuve relative à l'attitude après les faits est compatible avec la perpétration d'une agression sexuelle. Notons plus particulièrement qu'aucun délai ne s'est écoulé avant le premier incident; la plaignante a été observée quelques minutes après son départ du domicile conjugal. Cette preuve témoigne de la réaction de la plaignante à ce qui venait de se passer. Le nouvel élément de preuve n'aurait aucune incidence sur cette preuve.

[39] L'avocat de la défense au procès a soutenu que la preuve relative à l'attitude après les faits [TRADUCTION] « ne concorde pas vraiment » avec le fait que la plaignante a pris soin de préserver les éléments de preuve en ne prenant pas de douche, en ne se brossant pas les dents et en ne revêtant pas des vêtements propres (d.i., p. 10-11). Toutefois, le domicile conjugal est le seul endroit où la plaignante aurait pu se changer, se brosser les dents ou prendre une douche. Or, c'est là que l'agression

sexual assault and the accused without taking time to clean herself up is entirely consistent with the conclusion that she had just been sexually assaulted and wanted to escape from her attacker.

[40] I agree with the majority of the Court of Appeal that this post-event demeanour evidence was “strong evidence indeed” (para. 38). This Court has long held that evidence of the demeanour of a sexual assault victim can be used as circumstantial evidence to corroborate the complainant’s version of events. In *Murphy v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 603, Spence J., writing for the majority and the unanimous Court on this point, found (at pp. 612-13):

The respondent’s factum, I believe, sets out the proper view as follows:

Independent testimony of a rape complainant’s emotional condition is capable at law of corroboration where it is sufficiently damning that it may be considered by a jury to be more consistent with her denial of consent than with the existence of consent, or, to put it another way, where a reasonable inference can be drawn by a jury, considering all the circumstances, that there is a causal relationship between the assault and the complainant’s distraught emotional condition.

... Her mental condition was most marked and very convincing evidence thereof was given by both the cousin and the policeman. I am of the opinion that such evidence could qualify as corroboration within the provisions of s. 142 of the *Criminal Code*. The weight which should be given to such evidence was, of course, a matter for the jury and it must be presumed that the jurors did assess its weight in accordance with their sworn duty.

[41] *Murphy* dealt with the now repealed s. 142 of the *Criminal Code*. That section required a judge to warn a jury that it was unsafe to find the accused guilty in a rape case in the absence of corroborating evidence, if the only evidence implicating the accused was the testimony of the complainant. This corroboration requirement no longer exists. Nonetheless, the reasoning in *Murphy* still

sexuelle venait d’être commise et l’accusé s’y trouvait encore. Le fait que la plaignante a fui le lieu de l’agression sexuelle et l’accusé sans prendre le temps de se laver est tout à fait compatible avec la conclusion qu’elle venait d’être agressée sexuellement et qu’elle voulait échapper à son agresseur.

[40] Je partage l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel que cette preuve relative à l’attitude après les faits était [TRADUCTION] « effectivement une preuve convaincante » (par. 38). Notre Cour reconnaît depuis longtemps qu’il est possible d’utiliser la preuve relative à l’attitude d’une victime d’agression sexuelle en tant que preuve circonstancielle pour corroborer la version des faits de la plaignante. S’exprimant au nom des juges majoritaires, et de la Cour unanime sur ce point, dans *Murphy c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 603, le juge Spence a écrit ce qui suit (aux p. 612-613) :

À mon avis, le point de vue énoncé par l’intimée dans son factum est bien fondé :

[TRADUCTION] La preuve indépendante de l’état émotif de la plaignante dans un cas de viol peut en droit constituer une corroboration si elle est suffisamment accablante pour qu’un jury considère qu’elle est plus compatible avec l’absence de consentement qu’avec l’existence d’un consentement, ou, autrement dit, lorsque le jury peut raisonnablement tirer la conclusion, compte tenu de toutes les circonstances, qu’il existe un lien de causalité entre les voies de fait et le désarroi de [la plaignante].

... Son esprit était très troublé et sa cousine et le policier en ont témoigné d’une manière très convaincante. À mon avis, une telle preuve peut servir de corroboration au sens des dispositions de l’art. 142 du *Code criminel*. Il appartenait bien sûr aux jurés d’apprécier la valeur de cette preuve et il faut présumer que c’est ce qu’ils ont fait, conformément à leur serment d’office.

[41] L’arrêt *Murphy* portait sur l’art. 142 du *Code criminel*, maintenant abrogé. Cette disposition obligeait le juge à informer le jury qu’il était imprudent, dans un cas de viol, de déclarer l’accusé coupable en l’absence d’une preuve corroborante, si la seule preuve impliquant l’accusé était le témoignage de la plaignante. Cette exigence de corroboration n’existe plus. Malgré cela, le raisonnement

supports the use of post-event demeanour evidence as circumstantial evidence to support a complainant's version of events. If evidence of a sexual assault victim's post-event demeanour was capable of being corroborative then, it is certainly capable of constituting relevant circumstantial evidence now. In my respectful opinion, in this case, it was entirely appropriate for the judge to have regard to the demeanour evidence as part of all the evidence considered by him.

[42] A second factor that the trial judge considered was evidence of the complainant and the accused with regard to the dull knife. The trial judge recounted the complainant's evidence as follows:

She testified that he spoke of killing himself at one point. He got out an Army knife with a large blade, the entire knife being about 12 inches long, with a six to eight inch blade. She testified she was aware of him having it, but wasn't sure what he used it for. She testified that he forced her to look at the knife, and said he was going to kill himself with it. He was lying behind her at the time, and put the blade in front of her face about one foot away from her, pointing at her. He wanted her to hold the handle of the knife, and told her he took out life insurance at it covered suicide. He gave her instructions on how to get access to the insurance policy, which was in a safe. She tried to distract him with comments about the children, and testified that she was very afraid of the knife. At one point he said, "I might as well kill you too", when the knife was in front of her face.

She stated that she was so afraid of the knife, that she said if they went upstairs she would have sex with him, if the knife was put away. She testified that she hated sex being forced on her, but hated the talk of suicide and the knife more. [paras. 13-14]

[43] He then summarized the evidence of the accused:

He admitted that there was a knife in his room underneath his bedroom table. In February or March

adopté dans *Murphy* permet toujours d'utiliser la preuve relative à l'attitude après les faits en tant que preuve circonstancielle à l'appui de la version des faits d'une plaignante. Si la preuve de l'attitude d'une victime d'agression sexuelle après les faits pouvait constituer une preuve corroborante à l'époque, elle peut certainement constituer une preuve circonstancielle pertinente aujourd'hui. Soit dit en toute déférence, il n'y avait rien d'incorrect à ce que le juge en l'espèce tienne compte de la preuve relative à l'attitude, parmi tous les éléments de preuve qu'il a analysés.

[42] Les témoignages de la plaignante et de l'accusé sur le couteau émoussé représentent un deuxième facteur dont le juge du procès a tenu compte. Le juge du procès a relaté en ces termes le témoignage de la plaignante :

[TRADUCTION] Elle a témoigné qu'à un moment donné il avait parlé de se suicider. Il a brandi un couteau militaire muni d'une grande lame : la longueur totale du couteau est d'environ 12 pouces, et sa lame mesure entre six et huit pouces. La plaignante a dit qu'elle savait qu'il possédait ce couteau, mais elle ignorait dans quel but il s'en servait. Toujours selon son témoignage, il l'a obligée à regarder le couteau et a dit qu'il allait l'utiliser pour se suicider. Alors qu'il était étendu derrière elle, il a placé la lame du couteau devant elle, à environ un pied de son visage, et l'a pointée dans sa direction. Il voulait qu'elle tienne le couteau par le manche, et il lui a dit qu'il avait contracté une assurance-vie couvrant le suicide. Il lui a indiqué comment avoir accès au contrat d'assurance-vie, qui se trouvait dans un coffre-fort. Elle a essayé de le distraire en parlant des enfants, et a dit que le couteau lui faisait très peur. À un moment donné, alors que le couteau se trouvait devant le visage de la plaignante, il lui a dit : « Je pourrais aussi bien te tuer toi aussi ».

La plaignante a affirmé que le couteau l'effrayait énormément, qu'elle a dit à l'accusé qu'elle aurait des rapports sexuels avec lui s'ils allaient au rez-de-chaussée et s'il rangeait le couteau. Selon son témoignage, elle détestait la perspective d'avoir des rapports sexuels sans son consentement, mais détestait encore davantage la conversation au sujet du suicide et du couteau. [par. 13-14]

[43] Le juge a ensuite résumé ainsi le témoignage de l'accusé :

[TRADUCTION] Il a concédé qu'il y avait un couteau dans sa chambre à coucher, sous sa table de nuit. En

of 2007, the complainant heard noises in the house at the front door and in the kitchen when the accused was not home. His son was apparently worried about him, namely the accused, living in a basement, so the son suggested the knife for protection.

After the last occasion they had intercourse in the basement, he testified the complainant said she felt chilly. He suggested they go upstairs to the bedroom, and she agreed. He sat her up, wrapped her in a comforter, and stated he told her why the knife was in his bedroom. He testified that he told her if it upset her that he would put it away, which he did later in the morning. He testified that he never threatened her with the knife, and testified that he put the knife away after she went to work, by putting it in a toolbox. [paras. 44-45]

[44] The significance of what the trial judge wrote is that on either view of the events, if the sexual activity was entirely consensual on the part of the complainant, why would there be any discussion of a knife at all and why would it have made her uncomfortable?

[45] But there is more. How did the complainant know the knife was dull? The complainant's evidence was:

The Court: Sorry, "Touch the blade . . ."

A: The blade of the knife.

The Court: Yes?

A: He had the blade on the chest freezer in front of my face. He was behind me. We both bent over in front of the knife and he said, "Put your finger along the blade. See how dull it is. This is really going to hurt when I kill myself." And I didn't want to touch the blade. I wouldn't touch the blade. I -- he made me touch the handle but I wouldn't touch the blade. [A.R., vol. I, at pp. 143-44]

[46] The accused confirmed, in cross-examination, that the knife was dull:

Q: And [the knife] had become dull over time as a result, correct?

février ou mars 2007, la plaignante a entendu des bruits provenant de la porte avant et de la cuisine alors que l'accusé n'était pas à la maison. Son fils s'inquiétait apparemment pour lui, c.-à-d. pour l'accusé, parce qu'il vivait dans un sous-sol. Son fils lui a donc conseillé de se procurer un couteau pour sa protection.

L'accusé a témoigné qu'après leur dernière relation sexuelle, au sous-sol, la plaignante lui a dit qu'elle avait froid. Il a proposé qu'ils se rendent à la chambre à coucher, au rez-de-chaussée, et elle a accepté. Il l'a fait asseoir, l'a enveloppée dans une couette et lui aurait expliqué pourquoi il gardait un couteau dans sa chambre à coucher. Selon son témoignage, il a dit à la plaignante que, si le couteau la dérangeait, il le rangerait, ce qu'il a fait plus tard au cours de la matinée. Il a affirmé qu'il ne l'avait jamais menacée avec le couteau, et qu'il l'avait rangé dans une boîte à outils après le départ de la plaignante pour le travail. [par. 44-45]

[44] Les propos du juge du procès revêtent de l'importance en ce sens que, quelle que soit la version des faits, on se demande pourquoi il aurait été question d'un couteau et pourquoi ce couteau aurait tracassé la plaignante si elle avait pleinement consenti à l'activité sexuelle?

[45] Mais il y a plus. Comment se fait-il que la plaignante savait que le couteau était émoussé? Voici le témoignage de la plaignante sur ce point :

[TRADUCTION]

La Cour : Pardon, « Touche à la lame . . . »

R : La lame du couteau.

La Cour : Oui?

R : Il avait mis la lame sur le congélateur horizontal, devant mon visage. Il se tenait derrière moi. Nous nous sommes tous les deux penchés en avant du couteau et il a dit : « Passe ton doigt le long de la lame. Sens comme elle est usée. Ça va faire vraiment mal quand je vais me suicider. » Et je ne voulais pas toucher à la lame. J'ai refusé d'y toucher. Je -- il m'a fait toucher au manche, mais j'ai refusé de toucher à la lame. [d.a., vol. I, p. 143-144]

[46] En contre-interrogatoire, l'accusé a confirmé que le couteau était émoussé :

[TRADUCTION]

Q : Et il [le couteau] s'était émoussé avec le temps, c'est exact?

A: Yeah I imagine it was, you could call it dull. [A.R., vol. II, at p. 152]

[47] But the evidence of the accused with regard to what occurred with respect to the knife would leave no room for the complainant to discover that the blade was dull.

Q: All right. And while you're in the basement with [the complainant] she sees this knife, right?

A: Eventually, yes.

Q: Okay. And you could sense that she didn't feel comfortable about this knife and asked her, "If you want me to remove it, I'll remove it" right?

A: I told her if it made her uncomfortable I'd remove it, yes. [A.R., vol. II, at p. 153]

[48] If the complainant just looked at the knife she would not have known it was dull. The evidence of the accused is inconsistent with his own acknowledgment that the knife was dull and with the complainant's knowledge that it was dull.

[49] A third factor was the manner in which the accused described the sexual activity. The trial judge considered the fact that the accused described his involvement as being more controlling to support the conclusion that the sexual activities were not initiated by the complainant and were not consensual. In the words of the trial judge:

Of some note, however, from time to time during [the accused's] testimony, many of the words he used to describe the sexual activity were descriptions of the accused manipulating the complainant's body. For instance, although he testified on cross-examination in the basement he pushed the complainant gently on the shoulder and she rolled over, his original testimony was that he rolled her over. Again in the basement, he asked her if she was cold, and he sat her up and wrapped her in a blanket, although he testified he didn't mean to say that he grabbed her and pulled her up.

There are other occasions in his evidence that have him describing himself as the more active partner than her in positioning her body for intercourse. [paras. 51-52]

R: Ouais. Je suppose qu'il l'était. On peut dire qu'il était émoussé. [d.a., vol. II, p. 152]

[47] Toutefois, d'après le témoignage de l'accusé sur ce qui est arrivé concernant le couteau, la plaignante n'aurait pas pu se rendre compte que la lame était émoussée.

[TRADUCTION]

Q: Très bien. Et pendant que vous êtes au sous-sol avec [la plaignante], elle aperçoit le couteau, c'est exact?

R: À un moment donné, oui.

Q: D'accord. Et vous vous rendiez compte que ce couteau la tracassait et vous lui avez dit : « Si tu veux que je le mette ailleurs, je vais le faire », c'est exact?

R: Je lui ai dit que je le mettrais ailleurs s'il l'effrayait, oui. [d.a., vol. II, p. 153]

[48] Si la plaignante avait uniquement regardé le couteau, elle n'aurait pas su qu'il était émoussé. Le témoignage de l'accusé ne cadre pas avec le fait que, de son propre aveu, le couteau était émoussé et que la plaignante le savait.

[49] Un troisième facteur est la description que donne l'accusé de l'activité sexuelle. Pour conclure que ce n'est pas la plaignante qui avait pris l'initiative des rapports sexuels et qu'elle n'y avait pas consenti, le juge du procès a pris en considération le fait que, dans la description donnée par l'accusé, c'est plutôt lui qui exerçait le contrôle. Pour reprendre les propos du juge du procès :

[TRADUCTION] Il convient toutefois de signaler que, à différentes reprises durant le témoignage [de l'accusé], une bonne part des propos qu'il a tenus pour décrire l'activité sexuelle indiquaient qu'il manipulait le corps de la plaignante. Par exemple, même si, en contre-interrogatoire, il a témoigné qu'il avait poussé délicatement l'épaule de la plaignante pour qu'elle se retourne, il avait dit dans son témoignage initial qu'il l'avait retournée. Toujours au sous-sol, l'accusé a demandé à la plaignante si elle avait froid, et il l'a fait asseoir et l'a enveloppée dans une couverture, mais il a précisé ne pas vouloir dire qu'il l'avait agrippée et soulevée.

Il s'est décrit, à d'autres moments de son témoignage, comme le partenaire le plus actif pour ce qui est de placer la plaignante en vue des rapports sexuels. [par. 51-52]

[50] The inference drawn by the trial judge that this evidence indicated the sexual relations were not consensual would not be affected in any way by the fresh evidence.

[51] A final factor was what the trial judge called “the general internal and external logic and consistency of the complainant’s description of the events, as opposed to the accused’s evidence as outlined in the Crown’s submissions” (para. 89). The trial judge had earlier outlined the Crown’s submissions on the logic and consistency of the complainant’s version of events as opposed to the accused’s version, where he wrote:

The Crown also urges me to find that the accused’s version of events does not make sense, and points out a number of illogical or inconsistent facts. The Crown contends, for a number of reasons, that it is illogical that the complainant would become a consenting and willing partner. She wanted a separation, and the process was clearly underway. He had refused to participate in marriage counselling. They had visited a mediator and a pension evaluator. A shared parenting plan had been considered. They had not had sexual relations for at least 18 months, and he knew that she was not interested in sexual relations; he had taken up a bedroom in the basement six months prior. These events occurred after she was dressed for work and was getting ready to leave. She was expected at work, with many people reporting to her. They had been arguing over the daughter’s Wonderland trip.

All of these, the Crown urges me to find, are inconsistent with a sudden change in her attitude towards the accused.

The Crown also argues that the accused’s contention that the complainant was spontaneous, sexual and passionate, yet he couldn’t say she initiated any of the acts; that she had oral sex with him after gagging during oral sex; and that it was a hot day, yet she was cold in the basement, are unlikely and illogical. [paras. 67-69]

[52] I would agree with the majority of the Court of Appeal when it found that the logic of the complainant’s testimony was a “particularly powerful” factor considered by the trial judge and that “[t]he

[50] S’il était admis, le nouvel élément de preuve n’influerait aucunement sur la conclusion du juge du procès selon laquelle le témoignage précité montre que les rapports sexuels n’étaient pas consensuels.

[51] Un dernier facteur est ce que le juge du procès a appelé [TRADUCTION] « de façon générale, la logique interne et externe et la cohérence de la version des faits de la plaignante, par rapport au témoignage de l’accusé comme l’a souligné le ministère public dans ses observations » (par. 89). Le juge du procès avait plus tôt souligné les observations du ministère public sur la logique et la cohérence de la version des faits de la plaignante par rapport à la version de l’accusé :

[TRADUCTION] Le ministère public m’exhorte aussi à conclure que la version des faits de l’accusé n’a aucun sens et souligne plusieurs faits illogiques et incohérents. Le ministère public soutient, pour plusieurs raisons, qu’il est illogique que la plaignante soit devenue une partenaire consentante. Elle voulait se séparer, et elle avait manifestement engagé le processus de séparation. L’accusé avait refusé de prendre part à des séances de consultation matrimoniale. Ils avaient rencontré un médiateur et un spécialiste de l’évaluation des pensions. Ils avaient envisagé un plan de garde partagée. Ils n’avaient pas eu de rapports sexuels depuis au moins 18 mois, et il savait qu’elle ne désirait pas en avoir; il avait emménagé dans une chambre à coucher au sous-sol six mois auparavant. Au moment où les faits sont survenus, elle était déjà habillée pour aller travailler et s’apprêtait à partir. La plaignante était attendue au travail, où de nombreux employés relevaient d’elle. Ils s’étaient disputés au sujet de l’excursion de leur fille à Wonderland.

Le ministère public m’exhorte à conclure que tout ce qui précède est incompatible avec un changement soudain d’attitude de la plaignante envers l’accusé.

Le ministère public qualifie également d’inraisonnables et d’illogiques les prétentions de l’accusé que la plaignante s’est montrée spontanée, sensuelle et passionnée, alors qu’il n’a pas pu affirmer qu’elle avait pris l’initiative de l’un ou l’autre des actes sexuels, qu’elle a eu des rapports sexuels oraux avec lui après avoir eu un haut-le-cœur durant la fellation, et qu’il faisait chaud ce jour-là, mais qu’elle a eu froid au sous-sol. [par. 67-69]

[52] Je souscris à la conclusion des juges majoritaires de la Cour d’appel que la logique du témoignage de la plaignante était un facteur [TRADUCTION] « particulièrement convaincant »

constellation of these contextual facts lends substantial credence to the complainant's 'compelling, straightforward, credible' testimony" (para. 38).

[53] Charron J. says that "it would be dangerous for this Court to uphold the convictions" based on one version of events being more plausible than the other. She observes that although "one may reasonably view the [accused's] version of consensual sex implausible in the circumstances outlined by the majority (para. 38), counsel aptly points out that the same could be said about the complainant's version" (para. 14).

[54] I cannot agree. In addition to the findings of the trial judge I would add the following. The undisputed evidence is that for some years this couple had sexual relations twice a year, once on the accused's birthday and once in the summer; hardly suggestive of a spontaneous, passionate advance by the complainant on June 8, 2007.

[55] Further, the complainant was in the process of arranging to leave the matrimonial home. She had just told the accused that morning that she had contacted a real estate agent. The accused testified that he recalled that the complainant had mentioned that she was dealing with a realtor to find a new premises for herself. The marriage break-up was against the accused's wishes, it was imminent and he was concerned about the complainant's fidelity. He testified that during the events of June 8, 2007 he questioned the complainant about being unfaithful. As the Crown argued, this pointed to a motive for the accused "to have the complainant sexually one last time before the final breakup, which was imminent" (para. 82).

[56] Charron J. says, "It also seems implausible that the appellant, who had never been depressed, violent, or aggressive in the 19 years the parties spent together, suddenly turned into the suicidal,

dont a tenu compte le juge du procès et que « [c]ette myriade d'éléments contextuels étayent fortement le "témoignage convaincant, sincère [et] crédible" » de la plaignante (par. 38).

[53] La juge Charron dit qu'« il serait risqué pour notre Cour de confirmer les déclarations de culpabilité [...] en s'appuyant sur le fait que la version d'une partie est plus plausible que celle de l'autre ». Elle fait remarquer : « Certes, l'on pourrait raisonnablement juger invraisemblable la version de [l'accusé] selon laquelle l'activité sexuelle était consensuelle dans les circonstances exposées par les juges majoritaires (par. 38), mais l'avocate souligne à bon droit que l'on pourrait en dire autant de la version de la plaignante » (par. 14).

[54] Je ne suis pas de cet avis. J'ajouterais ce qui suit aux conclusions du juge du procès. La preuve non contestée révèle que, pendant quelques années, le couple avait des rapports sexuels deux fois l'an, soit une fois à l'anniversaire de l'accusé et une fois au cours de l'été, ce qui ne laisse guère croire que la plaignante a fait des avances spontanées et passionnées à l'accusé le 8 juin 2007.

[55] De plus, la plaignante prenait des mesures pour quitter le domicile conjugal. Ce matin-là, elle venait de dire à l'accusé qu'elle avait communiqué avec une agente immobilière. Lors de son témoignage, l'accusé s'est rappelé que la plaignante avait mentionné avoir communiqué avec une agente immobilière afin de se trouver un nouveau logement. L'accusé était en désaccord avec la rupture du mariage, celle-ci était imminente et il doutait de la fidélité de la plaignante. L'accusé a témoigné que, durant les faits survenus le 8 juin 2007, il avait demandé à la plaignante si elle lui était infidèle. Comme l'a soutenu le ministère public, cela fournissait à l'accusé un mobile pour [TRADUCTION] « profiter sexuellement de la plaignante une dernière fois avant la rupture définitive, qui était imminente » (par. 82).

[56] La juge Charron explique qu'« [i]l semble aussi invraisemblable que l'appellant, qui n'a jamais été déprimé, violent ou agressif durant les 19 années qu'il a passées avec la plaignante, soit devenu

violent rapist described by the complainant” and that he “adamantly denied ever having had suicidal thoughts” (para. 14). However, in cross-examination, the complainant, in some detail, indicated that the accused had previously made threats of suicide when upset over the imminent breakdown of their marriage:

Q: All right. And he never threatened to commit suicide before?

A: That’s not true, he had. One time, it was after I told him I wanted to separate. I can’t tell you exactly when it was but he was -- we were both in the basement. I was in the room where we have a TV set and the only TV set we owned and I was watching TV and he was upset and he was walking from the TV room which you have labelled as “Family room” and he was walking to what you have labelled as “Game room” back and forth and saying he was going to kill himself.

Q: Okay.

A: Sort of as a rant, “I’m going to kill myself”, “I’m just going to kill myself.”

Q: All right. He had never been treated for depression as far as you know?

A: I have no knowledge of that.

Q: Any idea why he would want to kill himself? I mean it looked like he was going to get more money out of this separation than you were?

A: That was my understanding and that was what came through at the mediation and it is also what I informed him came through with my discussions with several lawyers. So I was -- I disclosed all of -- to the best of my ability all of my assets, and as I understand he had disclosed what he had as well; so the plain numbers were yes, there would be an advantage to him. [Emphasis added; A.R., vol. II, at p. 24.]

[57] Having regard to the context, it is apparent that the threats of suicide were made to intimidate and cause distress to the complainant in response to her wanting to separate from him. He testified that he “definitely did not want a separation or a divorce, not at all. I loved my wife and I didn’t

soudainement le violeur suicidaire et violent dont elle parle », et qu’il « a nié catégoriquement avoir, à quelque moment que ce soit, songé à se suicider » (par. 14). La plaignante a toutefois relaté de façon assez détaillée en contre-interrogatoire que l’accusé avait auparavant menacé de se suicider alors qu’il était bouleversé par la rupture imminente de leur mariage :

[TRADUCTION]

Q : Parfait. Et il n’avait jamais menacé auparavant de se suicider?

R : C’est faux, il l’avait fait. Il l’a fait une fois, après que je lui ai dit que je voulais me séparer. Je ne peux pas vous dire exactement quand ça s’est produit, mais il était -- nous étions tous les deux au sous-sol. J’étais dans la pièce où il y a la télévision, la seule que nous possédons. Je regardais la télévision, et il était bouleversé et il se promenait entre la salle de télévision, que vous avez appelée « salle familiale », et la pièce que vous appelez la « salle de loisirs » en répétant qu’il allait se suicider.

Q : D’accord.

R : C’était comme une rengaine : « Je vais me suicider, je vais juste me suicider. »

Q : Parfait. À votre connaissance, il n’a jamais été traité pour une dépression?

R : Je ne le sais pas.

Q : Avez-vous une idée de la raison pour laquelle il aurait voulu se suicider? Je veux dire, il allait, semble-t-il, obtenir plus d’argent que vous à la suite de la séparation?

R : C’est ce que j’ai cru comprendre et c’est ce qu’a révélé la médiation. C’est aussi ce que je lui ai dit de ce qui est ressorti de mes discussions avec plusieurs avocats. Alors, j’étais -- à ma connaissance, j’ai communiqué tous mes avoirs, et je pense qu’il a fait la même chose; donc, les chiffres disent clairement que oui, ce serait avantageux pour lui. [Je souligne; d.a., vol. II, p. 24.]

[57] Il ressort clairement du contexte que les menaces de suicide de l’accusé visaient à intimider la plaignante et à lui infliger des souffrances morales parce qu’elle voulait rompre avec lui. Selon le témoignage de l’accusé, il [TRADUCTION] « ne voulai[t] absolument pas [s]e séparer ou

want it” (A.R., vol. II, at p. 104). While the accused may not have been depressed, his threats of suicide were consistent with his motive — demonstrated when he indicated he did not want the divorce and when he questioned the complainant about infidelity — to exercise power over the complainant, and have her sexually one last time before the end of the marriage. Or in the words of the complainant:

Q: Okay. And had you said anything to him up to this point in time when you pulled your pants off?

A: I said -- I only remember saying “Don’t do this, this is rape, stop”.

Q: All right. And what did he say?

A: I don’t remember everything he said at that point. I recall he had told me that he deserved one last meal. That’s what he was calling this ordeal was a last meal. [A.R., vol. I, at pp. 135-36]

[58] My colleague says that the significance of the bite mark is illustrated by the fact that the trial judge “looked closely at any item of physical evidence that could assist him in determining the credibility issue” (para. 12). However, as I have outlined, the trial judge relied on much more than just the biting evidence to resolve the credibility issue.

[59] In sum, an examination of the trial judge’s reasons, and the factors that he considered in coming to the conclusion that the accused’s evidence was “not capable of belief”, all demonstrate the minor nature of the biting evidence. These factors, and the undisputed evidence, discussed in detail above are:

- The post-event demeanour evidence of the complainant which was consistent with a sexual assault having occurred;
- The reference to the knife, which is inconsistent with the sexual activity having been consensual;

divorcer, pas du tout. [Il] aimai[t] [s]a femme et [il] ne voulais[t] pas rompre avec elle » (d.a., vol. II, p. 104). L’accusé n’était peut-être pas déprimé, mais ses menaces de suicide cadraient avec la raison — qu’il a exprimée en disant qu’il refusait le divorce et en demandant à la plaignante si elle était infidèle — pour laquelle il voulait exercer son emprise sur la plaignante et profiter d’elle sexuellement une dernière fois avant la fin du mariage. Ou, pour reprendre les mots de la plaignante :

[TRADUCTION]

Q : D’accord. Et lui avez-vous dit quelque chose à ce moment-là, lorsque vous avez retiré votre pantalon?

R : J’ai dit -- Je me rappelle seulement d’avoir dit : « Ne fais pas ça, c’est un viol, arrête! »

Q : Très bien. Et qu’a-t-il dit?

R : Je ne me souviens pas de tout ce qu’il a dit à ce moment-là. Je me rappelle qu’il m’a dit qu’il méritait bien un dernier repas. C’est comme ça qu’il a appelé l’épreuve qu’il m’a fait subir, un dernier repas. [d.a., vol. I, p. 135-136]

[58] Selon ma collègue, le fait que le juge du procès a examiné attentivement « chaque élément de preuve matérielle susceptible de l’aider à trancher la question de la crédibilité » (par. 12) démontre l’importance de la preuve de la morsure. Mais comme je l’ai souligné, le juge du procès s’est fondé sur beaucoup plus que la preuve de la morsure pour résoudre la question de la crédibilité.

[59] En somme, l’examen des motifs du juge du procès et des facteurs qu’il a pris en considération pour conclure que [TRADUCTION] « l’on ne peut pas ajouter foi » au témoignage de l’accusé démontre que la preuve de la morsure n’avait pas beaucoup d’importance. Ces facteurs, et les éléments de preuve non contestée, que j’ai décrits en détail sont les suivants :

- La preuve relative à l’attitude de la plaignante après les faits, qui concorde avec la perpétration d’une agression sexuelle.
- La mention du couteau, qui ne cadre pas avec une activité sexuelle consensuelle.

- The complainant's awareness that the knife was dull;
- The trial judge's observations as to the controlling manner in which the accused described the sexual activity;
- The complainant wanted a separation, contrary to the wishes of the accused, and the process was underway. The morning of the events, the complainant told the accused that she had contacted a real estate agent;
- The complainant and accused were sleeping in separate rooms for six months prior to the event;
- The complainant was uninterested in sex;
- The couple had not had sex for at least 18 months before the event. Prior to this, the couple had sex twice a year: once on the accused's birthday and once during the summer;
- The complainant was dressed to leave for work, where she was expected by people who reported to her, and made no call when the event began to indicate that she would be late;
- The couple had, just prior to the event, been arguing over their daughter's trip;
- The accused could not say that the complainant had initiated any of the sex acts;
- The accused said that the complainant had oral sex with him after gagging during oral sex;
- During the events, the accused questioned the complainant about being unfaithful;
- The accused used threats of suicide to intimidate the complainant in response to her wanting to separate from him, which was against his wishes, both during the events and prior to the events; and
- Le fait que la plaignante savait que le couteau était émoussé.
- Les observations du juge du procès sur la façon dont la description de l'activité sexuelle par l'accusé dénotait le contrôle qu'il exerçait.
- La plaignante voulait se séparer contre le gré de l'accusé, et le processus de séparation était en cours. Le matin des faits, la plaignante a dit à l'accusé qu'elle avait communiqué avec une agente immobilière.
- La plaignante et l'accusé faisaient chambre à part depuis six mois.
- La plaignante ne désirait pas avoir de rapports sexuels.
- Le couple n'avait pas eu de rapports sexuels depuis au moins 18 mois avant les faits. Auparavant, le couple avait des rapports sexuels deux fois par année, une fois à l'anniversaire de l'accusé et une fois durant l'été.
- La plaignante s'était habillée pour aller au travail, où des personnes qui relevaient d'elle l'attendaient, et elle n'a pas téléphoné au début de l'incident pour dire qu'elle arriverait en retard.
- Juste avant les faits, les conjoints se sont disputés au sujet de l'excursion de leur fille.
- L'accusé n'a pas pu affirmer que la plaignante avait pris l'initiative de l'un des actes sexuels.
- L'accusé a dit que la plaignante avait eu des rapports sexuels oraux avec lui après avoir eu un haut-le-cœur en lui faisant une fellation.
- Durant les faits, l'accusé a demandé à la plaignante si elle était infidèle.
- L'accusé avait déjà menacé de se suicider et il a refait cette menace au moment des faits pour intimider la plaignante parce qu'elle voulait rompre avec lui contre son gré.

- The accused’s motive, to exercise power over the complainant one last time prior to the end of the marriage.

For these reasons, I cannot agree that the fresh evidence “could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result” (*Palmer*, at p. 775). I would dismiss the fresh evidence application.

III. Issue 2: The Post-Event Demeanour Evidence

[60] The second issue on appeal concerns the trial judge’s use of the evidence of the complainant’s post-event demeanour. As I have already discussed, it is well established that the evidence of post-event demeanour of a sexual assault complainant can be used as circumstantial evidence to support a complainant’s version of events (*Murphy*, at p. 612).

[61] The accused submits that when the bite mark evidence is taken out of the picture the other evidence considered by the trial judge “hold[s] little water” (A.F., at para. 89). He says the trial judge “was left with little more” than the complainant’s post-event demeanour when corroborating her version of events (A.F., at para. 95). The accused asserts that “[t]he evidence of a teary-eyed complainant, without more, ought not to constitute convincing evidence of guilt beyond a reasonable doubt” (A.F., at para. 98).

[62] In his dissent, Winkler C.J.O. was concerned about the post-event demeanour evidence, but for another reason. Winkler C.J.O. was concerned that the trial judge “improperly admitted this circumstantial evidence which was not relevant, thus committing an error of law” (para. 100).

[63] However, Winkler C.J.O.’s concerns about the inadmissibility of the demeanour evidence

- Le mobile de l’accusé : exercer une dernière fois son emprise sur la plaignante avant la fin de leur mariage.

Pour ces motifs, je ne puis être d’accord pour dire que le nouvel élément de preuve est tel qu’on « puisse raisonnablement penser qu’avec les autres éléments de preuve produits au procès, [il] aurait influé sur le résultat » (*Palmer*, p. 775). Je suis d’avis de rejeter la requête en autorisation de produire un nouvel élément de preuve.

III. Deuxième question : La preuve relative à l’attitude après les faits

[60] La deuxième question en litige dans le pourvoi concerne l’utilisation, par le juge du procès, de la preuve de l’attitude de la plaignante après les faits. Comme je l’ai mentionné précédemment, il est bien établi que, dans un cas d’agression sexuelle, la preuve relative à l’attitude d’une plaignante après les faits peut être utilisée en tant que preuve circonstancielle pour étayer la version des faits de la plaignante (*Murphy*, p. 612).

[61] L’accusé soutient que, une fois la preuve de la morsure écartée, les autres éléments de preuve pris en considération par le juge du procès [TRADUCTION] « ne tiennent guère debout » (m.a., par. 89). Selon lui, le juge du procès « n’avait guère plus » que l’attitude de la plaignante après l’événement pour corroborer la version des faits de la plaignante (m.a., par. 95). Toujours selon l’accusé, « [l]a preuve d’une plaignante en sanglots ne saurait à elle seule constituer une preuve convaincante de culpabilité hors de tout doute raisonnable » (m.a., par. 98).

[62] Pour le juge en chef Winkler, dissident, la preuve relative à l’attitude après les faits posait aussi problème, mais pour une autre raison. En effet, il s’est dit préoccupé par le fait que le juge du procès [TRADUCTION] « a admis irrégulièrement cette preuve circonstancielle non pertinente, commettant ainsi une erreur de droit » (par. 100).

[63] L’accusé n’a toutefois pas invoqué devant notre Cour les problèmes relevés par le juge en

were not pursued by the accused before this Court. In oral argument, counsel for the accused acknowledged that “in appropriate circumstances, this kind of evidence is admissible or it is admissible and it can be probative” (transcript, at p. 35). The position of the accused was that “in a case like this, the demeanour evidence cannot be determinative of guilt beyond a reasonable doubt” (transcript, at p. 34).

[64] The accused’s argument about the post-event demeanour evidence, therefore, comes down to the argument that the trial judge erred by relying exclusively on this evidence. However, as I have outlined, on the basis of uncontested evidence and the internal and external logic and consistency and detail of the complaint’s description of events as opposed to the evidence of the accused, the post-event demeanour evidence was not the sole basis for the credibility determination.

[65] I would dismiss this ground of appeal.

IV. Issue 3: The *W. (D.)* Analysis

[66] The final issue on appeal concerns the trial judge’s application of the second step in the *W. (D.)* analysis. The accused submits that we should agree with Winkler C.J.O. who found that the trial judge had erred by not asking “whether, even if you do not believe the evidence of the accused, it raises a reasonable doubt” (para. 105).

[67] I would also dismiss this ground of appeal. It is apparent that the trial judge kept his eye firmly on the proper standard and burden of proof. He wrote that “[i]n analyzing the evidence, the question remains whether, on the whole of the evidence, I am left with a reasonable doubt about the guilt of the accused” and that “throughout the analysis, it must be remembered that the burden of proof is always on the Crown” (paras. 83-84). The trial judge expressly instructed himself of the *W. (D.)*

chef Winkler quant à l’inadmissibilité de la preuve relative à l’attitude. Lors de sa plaidoirie, l’avocat de l’accusé a concédé que, [TRADUCTION] « dans certaines circonstances, une preuve de ce genre est admissible ou est admissible et peut avoir une valeur probante » (transcription, p. 35). L’accusé plaide que, « dans une affaire comme celle qui nous occupe, la preuve relative à l’attitude ne peut établir de façon concluante la culpabilité hors de tout doute raisonnable » (transcription, p. 34).

[64] L’argument de l’accusé concernant la preuve relative à l’attitude après les faits revient donc à soutenir que le juge du procès a commis une erreur en se fondant exclusivement sur cette preuve. Mais comme je l’ai souligné plus tôt, compte tenu de la preuve non contestée ainsi que de la logique interne et externe et de la cohérence et la précision de la description des faits par la plaignante, par rapport au témoignage de l’accusé, la conclusion du juge du procès sur la crédibilité ne reposait pas uniquement sur la preuve relative à l’attitude après les faits.

[65] Je suis d’avis de rejeter ce moyen d’appel.

IV. Troisième question : L’analyse décrite dans l’arrêt *W. (D.)*

[66] La dernière question à trancher dans le pourvoi concerne l’application, par le juge du procès, de la deuxième étape de l’analyse décrite dans l’arrêt *W. (D.)*. Selon l’accusé, nous devrions souscrire à la conclusion du juge en chef Winkler que le juge du procès a eu tort de ne pas se demander si, [TRADUCTION] « même si on ne croit pas le témoignage de l’accusé, il subsiste un doute raisonnable » (par. 105).

[67] Je rejetterais aussi ce moyen d’appel. Il est clair que le juge du procès a toujours gardé à l’esprit la norme et le fardeau de preuve appropriés. Il a affirmé que, [TRADUCTION] « [l]ors de l’analyse de la preuve, la question est toujours de savoir si, compte tenu de l’ensemble de la preuve, il subsiste un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé », et que « tout au long de cette analyse, il ne faut jamais oublier que le fardeau de preuve incombe toujours au ministère public » (par. 83-84).

factors, and then tracked the steps of that analysis in his reasons. His reasons carefully reviewed and evaluated the testimony of the various witnesses, in support of his conclusion on credibility. It is apparent that the trial judge properly applied the steps in the *W. (D.)* analysis.

V. Conclusion

[68] I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, DESCHAMPS and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Henein & Associates, Toronto.

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

Le juge du procès s'est expressément guidé sur les facteurs énoncés dans *W. (D.)*, puis a suivi les étapes de cette analyse dans ses motifs. Dans ses motifs, il a examiné attentivement et apprécié les dépositions des différents témoins pour étayer sa conclusion sur la crédibilité. Le juge du procès a manifestement bien appliqué les étapes de l'analyse décrite dans *W. (D.)*.

V. Conclusion

[68] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges DESCHAMPS et ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Henein & Associates, Toronto.

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