

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

A.W.E. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. E. (A.W.)

File No.: 22810.

1993: January 29; 1993: September 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Appeal — Procedure — Trial judge's report to Court of Appeal — Jury convicting accused of sexual offence against young boy — Report to Court of Appeal submitted by trial judge on his own initiative indicating that had he been sitting alone he would not have convicted accused — Report taken into account by Court of Appeal in finding verdict unsafe — Whether report should have been considered by Court of Appeal — Whether verdict unsafe — Whether trial judge's charge adequate — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 682(1).

Criminal law — Appeal — Procedure — Trial judge's report to Court of Appeal — Scope of report — Circumstances in which Court of Appeal should request report from trial judge — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 682(1).

Criminal law — Sexual offence — Young complainant — Credibility — Charge to jury — Trial judge bringing to jury's attention problems they should consider in assessing young complainant's testimony — Accused convicted of sexual offence largely on basis of complainant's testimony — Whether trial judge's instructions to jury adequate — Whether trial judge properly exercised his discretion in excluding comment on the evidence from his charge.

The accused was found guilty by a jury of engaging in anal intercourse with his step-son. The complainant was 13 years old at the time of the trial and the only Crown witness on the material points. He was permitted to give sworn testimony after the appropriate inquiry by the trial judge. He testified that, from the age of five, he

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **A.W.E.** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. E. (A.W.)

N° du greffe: 22810.

^b 1993: 29 janvier; 1993: 9 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major.

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Appel — Procédure — Rapport du juge du procès à la Cour d'appel — Accusé déclaré coupable par un jury d'avoir commis une infraction d'ordre sexuel contre un jeune garçon — Juge du procès indiquant dans son rapport à la Cour d'appel que, s'il avait siégé seul, il n'aurait pas déclaré l'accusé coupable — Rapport soumis par le juge du procès de sa propre initiative — Cour d'appel tenant compte du rapport pour conclure que le verdict est imprudent — Le rapport aurait-il dû être pris en considération par la Cour d'appel? — Le verdict était-il imprudent? — L'exposé du juge du procès était-il adéquat? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 682(1).

Droit criminel — Appel — Procédure — Rapport du juge du procès à la Cour d'appel — Portée du rapport — Circonstances dans lesquelles la Cour d'appel devrait demander un rapport au juge du procès — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 682(1).

Droit criminel — Infraction d'ordre sexuel — Jeune plaignant — Crédibilité — Exposé au jury — Juge du procès attirant l'attention du jury sur les difficultés dont il devrait tenir compte pour apprécier le témoignage du jeune plaignant — Accusé déclaré coupable d'une infraction d'ordre sexuel principalement sur la foi du témoignage du plaignant — Les directives du juge du procès au jury étaient-elles adéquates? — Le juge du procès a-t-il bien exercé son pouvoir discrétionnaire en excluant de son exposé tout commentaire sur la preuve?

L'accusé a été déclaré coupable par un jury d'avoir eu des relations sexuelles anales avec son beau-fils. Le plaignant, qui avait 13 ans au moment du procès, était le seul témoin à charge sur les points importants. Celui-ci a été autorisé à témoigner sous serment après que le juge du procès eut effectué la vérification appropriée. Il

was subjected to repeated and violent sexual acts by the accused. The accused testified on his own behalf and denied the allegations. Credibility was the crucial issue and the jury believed the complainant over the accused. He appealed his conviction. The judgment of the Court of Appeal was still reserved, when the trial judge wrote, on his own initiative, a letter to the appeal panel expressing his reservations about the verdict. He indicated that he would not have found the accused guilty on the evidence at trial as he was of the view that such a verdict would have been unsafe. In light of the letter, the court received further submissions from counsel. In its judgment, the court held that it was entitled to factor the letter into its decision-making, as the communication did not amount to reasons, or supplementary reasons, for judgment. The court found that the evidence of the complainant seemed difficult to believe as true, both on the face of the transcripts and in the eyes of the trial judge as conveyed through the trial judge's report, and concluded that the verdict was unsafe and ordered a new trial. The offence of "anal intercourse" did not exist at the time of the commission of the offence, though there was an offence of "buggery". The court held that this defect did not go to the heart of the charge, and gave leave to the Crown to amend the indictment to allege "buggery" instead of "anal intercourse". However, on the chance that some factual, legal or procedural remedy might be open to the accused based on this discrepancy, the court ruled that this was an independent ground for quashing the conviction and ordering a new trial.

Held (Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory and Iacobucci JJ.: A Court of Appeal should not routinely request a report from a trial judge. Section 682(1) of the *Code* originated at a time when there was seldom a transcript made of the trial proceedings. Transcripts are now routinely available to the Courts of Appeal and it is on the basis of that record that their decisions should be made. It is only in those rare situations where something occurred which is not reflected in the record and upon which opposing counsel cannot agree that a report from a trial judge might be requested. A desire for comments with regard to the demeanour of a witness does not justify a request for a report. The assessment of the

a témoigné avoir été soumis, à partir de cinq ans, à des actes sexuels répétés et violents de la part de l'accusé. Ce dernier a témoigné en son propre nom et a nié les allégations. La crédibilité était la question cruciale et le jury a préféré ajouter foi aux propos du plaignant plutôt qu'à ceux de l'accusé. Ce dernier a interjeté appel contre sa déclaration de culpabilité. Pendant que l'affaire était toujours en délibéré devant la Cour d'appel, le juge du procès a, de sa propre initiative, adressé aux juges de ladite cour une lettre dans laquelle il faisait état de ses réserves sur le verdict. Il a indiqué qu'il n'aurait pas déclaré l'accusé coupable d'après la preuve produite au procès puisqu'il estimait qu'il aurait été imprudent de prononcer un tel verdict. À la suite de cette lettre, la cour a reçu des observations supplémentaires de la part des avocats. Dans son jugement, la cour a conclu qu'elle avait le droit de tenir compte de la lettre dans son processus décisionnel puisque la communication ne constituait ni des motifs de jugement ni des motifs supplémentaires de jugement. Après avoir statué que le témoignage du plaignant semblait difficile à croire, à la fois à la lecture des transcriptions et aux yeux du juge du procès comme en faisait foi le rapport du juge, la cour a conclu que le verdict du jury était imprudent et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Au moment où l'infraction a été commise, l'infraction des «relations sexuelles anales» n'existait pas, quoiqu'il y en avait une de «sodomie». La cour a conclu que ce défaut ne touchait pas au cœur de l'accusation et elle a autorisé le ministère public à modifier l'acte d'accusation pour substituer le crime de «sodomie» à celui de «relations sexuelles anales». Toutefois, au cas où l'accusé pourrait, en raison de cette divergence, disposer de quelque recours fondé sur les faits, le droit ou la procédure, la cour a conclu qu'il s'agissait d'un motif indépendant d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et Iacobucci: Le tribunal d'appel ne devrait pas systématiquement demander au juge du procès de lui présenter un rapport. Le paragraphe 682(1) du *Code* a été conçu à une époque où les procédures de première instance faisaient rarement l'objet d'une transcription. Des transcriptions sont désormais systématiquement soumises aux tribunaux d'appel et c'est en fonction de ce dossier qu'ils devraient rendre leurs décisions. Un rapport ne pourrait être demandé que dans les rares cas où il s'est produit un événement qui ne ressort pas du dossier et à propos duquel les avocats adverses ne peuvent s'entendre. Le désir d'obtenir des commentaires au sujet du

demeanour of a witness falls within the exclusive domain of the jurors as the triers of the facts. Here, the unsolicited report of the trial judge was not authorized by s. 682(1) and should not have been considered by the Court of Appeal. It pertained exclusively to evidence already in the record of the trial which was before the Court of Appeal.

The verdict of the jury must stand. In light of the evidence presented at trial, it is highly unlikely that the Court of Appeal would have concluded that the guilty verdict was unreasonable under s. 686(1)(a) of the *Code* were it not for the trial judge's comments contained in his report. The jury could have based its verdict upon the testimony of the complainant alone. The medical evidence was also consistent with the sexual abuse described by the complainant. There was thus clear evidence to support the verdict.

Further, the trial judge's charge did not contain any errors that would necessitate a new trial. The trial judge's directions adequately brought to the attention of the jury the problems that they should consider in assessing the testimony of a young complainant. Taken in the context of the entire charge, they provide proper instructions to the jury and there was no duty or need for the trial judge to make other comments upon the evidence. The charge was not only fair but also favourable to the accused. The trial judge's report must not be considered when reviewing the charge. To find misdirection upon reading the charge and the trial judge's report together would be to direct a new trial based upon the very report that should not have been considered.

Per Lamer C.J. and Major J. (dissenting): The Court of Appeal erred in finding that the trial judge's report was authorized under s. 682(1) of the *Code*. The section makes no provision for a report of a trial judge as was produced in this case. No request was made by the Court of Appeal for the report and the trial judge's comments pertained exclusively to evidence already in the record of the trial before the Court of Appeal. A report submitted on the trial judge's initiative, which does nothing more than elaborate on the evidence in the record in support of a conviction, is invalid under s. 682(1). In any event, even if the report were valid, the trial judge's comments exceeded the bounds of what properly could be received and relied upon by the Court of Appeal in a s. 682(1) report. Where a trial judge takes

comportement d'un témoin ne justifie pas une demande de rapport. L'appréciation du comportement d'un témoin relève exclusivement des jurés à titre de juges des faits. En l'espèce, le rapport non sollicité du juge du procès n'était pas autorisé par le par. 682(1) et n'aurait pas dû être pris en considération par la Cour d'appel. Il avait trait exclusivement à la preuve déjà versée au dossier du procès dont était saisie la Cour d'appel.

Le verdict du jury doit être maintenu. Il est fort improbable, compte tenu de la preuve présentée au procès, que la Cour d'appel aurait conclu que le verdict de culpabilité était déraisonnable en vertu de l'al. 686(1)(a) du *Code*, n'eussent été les commentaires du juge du procès contenus dans son rapport. Le jury aurait pu fonder son verdict sur le seul témoignage du plaignant. La preuve médicale était également compatible avec le comportement sexuel abusif décrit par le plaignant. Il y avait donc des éléments de preuve manifestes qui justifiaient le verdict.

De plus, l'exposé du juge ne contenait pas d'erreurs qui nécessiteraient la tenue d'un nouveau procès. Les directives du juge du procès attiraient convenablement l'attention du jury sur les difficultés dont il devrait tenir compte pour apprécier le témoignage d'un jeune plaignant. Prises dans le contexte de l'ensemble de l'exposé du juge au jury, elles constituent des directives appropriées et il n'était ni obligatoire ni nécessaire que le juge du procès fasse d'autres commentaires au sujet de la preuve. L'exposé du juge était non seulement équitable pour l'accusé, mais encore il lui était favorable. Le rapport du juge du procès ne doit pas être pris en considération en examinant l'exposé. Conclure à l'existence de directives erronées, après avoir lu l'exposé conjointement avec le rapport du juge du procès, reviendrait à ordonner un nouveau procès en se fondant sur le rapport même qui n'aurait pas dû être pris en considération.

Le juge en chef Lamer et le juge Major (dissidents): La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le rapport du juge du procès était autorisé en vertu du par. 682(1) du *Code*. Ce paragraphe ne prévoit pas de rapport du juge du procès comme celui qui a été produit en l'espèce. La Cour d'appel n'a pas demandé la production de ce rapport et les commentaires du juge du procès portaient exclusivement sur la preuve déjà versée au dossier du procès produit devant la Cour d'appel. Un rapport produit par le juge du procès de sa propre initiative qui ne fait que donner des détails sur la preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité, qui avait été versée au dossier, est invalide en vertu du par. 682(1). Quoi qu'il en soit, même si le rapport était valide, les commentaires du juge du procès ont excédé les limites

issue with the verdict of the jury, such a report cannot be taken into consideration by the Court of Appeal. This would amount to nothing less than inviting the trial judge to enter the appellate arena. In the context of a jury trial, the jury's version of the findings of fact must prevail over that of the trial judge. The comments contemplated within a trial judge's report are comments relating to material issues not apparent on the face of the transcript, such as the demeanour of witnesses, the com-
portment of counsel, the behaviour of the jury and the general atmosphere of a trial. A Court of Appeal may, however, request a report on any matter pertaining to a trial which, in its view, requires elaboration. Here, the intent of the trial judge in submitting the report was to express his view that the verdict of the jury was unsafe. The s. 682(1) report was not designed to provide trial judges with an open forum for impugning the findings of the jury and, assuming that the Court of Appeal had requested the trial judge's report, the contents of that report would amount to an improper interference by the trial judge in the appellate process, and should not have been relied upon.

The Court of Appeal erred in ordering a new trial on the ground that the verdict was unsafe. It is highly unlikely that the court would have concluded that the guilty verdict was unreasonable under s. 686(1)(a) of the *Code* were it not for the comments contained in the report. There was evidence in the testimony of the complainant and the other witnesses upon which the jury could have reasonably based a verdict of guilty. A physical examination of the complainant revealed findings consistent with the sexual abuse described by him. Given that the trial judge was satisfied that the complainant was of sufficient maturity to be sworn, and that his testimony was given in detail without significant internal inconsistencies, there was not a sufficient basis apart from the trial judge's report for the Court of Appeal to have found the verdict of the jury unsafe.

The proper forum for a trial judge to express his reservations regarding the credibility of the witnesses in the context of a jury trial is in the charge to the jury. Although the trial judge could not in his remarks to the jury go so far as to assert that he disbelieved the complainant's testimony, or that he believed the testimony of the defence witnesses, he could at least have suggested that, in his view, the jury should proceed cau-

de ce qui pouvait régulièrement être reçu et pris en considération par la Cour d'appel dans un rapport visé par le par. 682(1). Une cour d'appel ne saurait prendre en considération un tel rapport lorsque le juge du procès conteste le verdict du jury. Cela reviendrait à rien de moins qu'inviter le juge du procès à intervenir dans le processus d'appel. Dans le cadre d'un procès devant jury, la version des conclusions de fait du jury doit l'emporter sur celle du juge du procès. Les commentaires que devrait contenir le rapport du juge du procès sont ceux qui portent sur des questions importantes qui ne sont pas apparentes à la lecture de la transcription, comme l'attitude des témoins, le comportement des avocats, la conduite du jury et l'ambiance générale du procès. Toutefois, une cour d'appel peut demander un rapport sur toute question relative à un procès qui, à son avis, mérite d'être expliquée. En l'espèce, le juge du procès voulait, en produisant le rapport, faire part de son avis que le verdict prononcé par le jury était imprudent. Le rapport visé par le par. 682(1) n'est pas conçu pour fournir aux juges du procès une tribune publique pour attaquer les conclusions du jury et, en supposant que la Cour d'appel ait demandé le rapport du juge du procès, le contenu de ce rapport constituerait une ingérence inappropriée du juge du procès dans le processus d'appel, et n'aurait pas dû être pris en considération.

La Cour d'appel a commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès pour le motif que le verdict prononcé était imprudent. Il est fort improbable que, n'eussent été les commentaires figurant dans le rapport, la cour aurait conclu que le verdict de culpabilité était déraisonnable en vertu de l'al. 686(1)a) du *Code*. Il y avait, dans le témoignage du plaignant et dans ceux des autres témoins, des éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait raisonnablement fonder un verdict de culpabilité. Un examen physique du plaignant a donné lieu à des conclusions compatibles avec les abus sexuels qu'il a décrits. Puisque le juge du procès était convaincu que le plaignant avait suffisamment de maturité pour être assermenté, et que son témoignage a été donné en détail, sans incohérences graves, la Cour d'appel ne disposait pas de suffisamment d'éléments, si ce n'est le rapport du juge du procès, pour conclure que le verdict du jury était imprudent.

Dans le contexte d'un procès devant jury, c'est dans son exposé au jury que le juge du procès doit faire part de ses réserves quant à la crédibilité des témoins. Même si, dans son exposé au jury, le juge du procès ne pouvait aller jusqu'à affirmer qu'il n'ajoutait pas foi au témoignage du plaignant ou qu'il croyait les témoins de la défense, il aurait pu au moins indiquer qu'à son avis le jury devait faire preuve de prudence en appréciant le

tiously in assessing the complainant's testimony. The ability of the jury to arrive at a just verdict is enhanced where such comment is offered, so long as the trial judge emphasizes to the jury that they remain at liberty to disagree with his view. Where, as in this case, the ultimate verdict rests largely on the complainant's credibility, added prudence on the trial judge's part is necessary to ensure that the primacy of the jury as the trier of fact is not compromised. Thus, while the charge to the jury appears sound on its own, when it is read together with the subsequent trial judge's report accepted by the Court of Appeal it is clear that the trial judge misdirected himself in his charge to the jury. This is an error of law which cannot be ignored. This error cannot be cured by application of the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. Had the trial judge not misdirected himself with respect to the ambit of his charge to the jury, given the centrality of credibility to the verdict, it is not possible to say that a properly instructed jury would necessarily have convicted.

Finally, the Court of Appeal also erred in ordering a new trial on the basis of a difference between the laws at the time of trial and the laws at the time of the offence. The trial judge was correct in accepting the complainant's uncorroborated evidence based on the law in force at the time of trial and there is no factual, legal, or procedural argument triggered by the old offence or by the change of offence which would affect the outcome of a new trial. The Court of Appeal's order granting the Crown leave to amend the indictment should the Crown proceed with a new trial should be affirmed.

Per Sopinka J. (dissenting): The trial judge's report was not authorized by s. 682(1) of the *Code*. Such a report should be made only in the circumstances described by Cory J. However, the report's having been made and received discloses an error of law which might have affected the verdict. This cannot be ignored. When considered in the absence of the trial judge's views as to the credibility of the complainant, the trial judge's comments in the charge on the problems that the jury should consider in assessing the complainant's evidence were fair. Nonetheless, but for an error of law, the trial judge would have added a comment with respect to the reliability of this evidence. For the reasons given by Lamer C.J., the trial judge was entitled to make such a comment which would have enured to the benefit of the

témoignage du plaignant. La capacité du jury de rendre un verdict équitable se trouve accrue lorsque de tels commentaires sont faits et dans la mesure où le juge du procès souligne aux jurés qu'ils demeurent libres de rejeter son opinion. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le verdict final dépend dans une large mesure de la crédibilité du plaignant, il faut que le juge du procès redouble de prudence pour assurer que le rôle prééminent du jury à titre de juge des faits ne soit pas compromis. Donc, même si l'exposé au jury semble judicieux en soi, lorsqu'il est lu conjointement avec le rapport subséquent du juge du procès, que la Cour d'appel a accepté, il est évident que le juge du procès s'est trompé dans son exposé au jury. Il s'agit là d'une erreur de droit qui ne saurait être passée sous silence. Cette erreur ne saurait être réparée par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. Si le juge du procès ne s'était pas trompé sur la portée de son exposé au jury, étant donné l'importance fondamentale de la crédibilité en ce qui concerne le verdict, il n'est pas possible de dire qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait nécessairement prononcé une déclaration de culpabilité.

Enfin, la Cour d'appel a également commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès en raison d'une différence entre les dispositions législatives en vigueur à l'époque du procès et celles qui étaient en vigueur à l'époque de la perpétration de l'infraction. Le juge du procès a eu raison d'accepter le témoignage non corroboré du plaignant en se fondant sur le droit en vigueur à l'époque du procès et il n'y a aucun moyen fondé sur les faits, le droit ou la procédure auquel donne ouverture l'ancienne infraction ou la substitution d'infraction qui influencerait sur l'issue d'un nouveau procès. Il y a lieu de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel autorisant le ministère public à modifier l'acte d'accusation si jamais il décide de tenir un nouveau procès.

Le juge Sopinka (dissent): Le rapport du juge du procès n'était pas autorisé par le par. 682(1) du *Code*. Un tel rapport ne devrait être fait que dans les circonstances décrites par le juge Cory. Cependant, le rapport qui a été fait et reçu révèle l'existence d'une erreur de droit qui aurait pu influencer sur le verdict. On ne saurait passer cela sous silence. Compte tenu de l'absence d'une opinion exprimée par le juge du procès quant à la crédibilité du plaignant, les commentaires qu'il fait, dans son exposé, sur les difficultés dont le jury devrait tenir compte pour apprécier le témoignage du plaignant sont justes. Cependant, n'eût été une erreur de droit, le juge du procès aurait ajouté un commentaire sur la fiabilité de ce témoignage. Pour les raisons exposées par le juge en chef Lamer, le juge du procès avait le droit de

accused. Absent the error in law, the verdict would not necessarily have been the same.

faire un tel commentaire qui aurait bénéficié à l'accusé. En l'absence de l'erreur de droit commise, le verdict n'aurait pas nécessairement été le même.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *Vézina v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30.

By Lamer C.J. (dissenting)

R. v. Bowles (1985), 21 C.C.C. (3d) 540; *R. v. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19; *R. v. MacEwen* (1978), 39 C.C.C. (2d) 523; *R. v. Chapman* (1958), 29 C.R. 168; *R. v. Pressley* (1948), 7 C.R. 342; *R. v. James* (1945), 83 C.C.C. 369; *R. v. Schrager* (1911), 6 Cr. App. R. 253; *R. v. Hart* (1914), 10 Cr. App. R. 176; *R. v. Boyd* (1953), 105 C.C.C. 146; *R. v. Gould* (1958), 122 C.C.C. 253; *R. v. Harris* (1953), 105 C.C.C. 301; *Baron v. The King*, [1930] S.C.R. 194; *R. v. Mathieu*, [1967] 3 C.C.C. 237; *Ungaro v. The King*, [1950] S.C.R. 430; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20; *R. v. R. (D.J.)* (1991), 7 C.R. (4th) 300; *Steinberg v. The King*, [1931] S.C.R. 421; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, S.C. 1987, c. 24, ss. 3, 11, 15.
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 1020.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 155 [rep. 1987, c. 24, s. 3], 586 [idem, s. 15], 609(1) [rep. & sub. 1972, c. 13, s. 55; am. 1985, c. 19, s. 206].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 159(1) [en. c. 19 (3rd Supp.), s. 3], 682(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 203], 686(1)(a)(i), (b)(iii).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 588(1).
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 745.
Crown Cases Act (U.K.), 11 & 12 Vict., c. 78.

a Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *Vézina c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

R. c. Bowles (1985), 21 C.C.C. (3d) 540; *R. c. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19; *R. c. MacEwen* (1978), 39 C.C.C. (2d) 523; *R. c. Chapman* (1958), 29 C.R. 168; *R. c. Pressley* (1948), 7 C.R. 342; *R. c. James* (1945), 83 C.C.C. 369; *R. c. Schrager* (1911), 6 Cr. App. R. 253; *R. c. Hart* (1914), 10 Cr. App. R. 176; *R. c. Boyd* (1953), 105 C.C.C. 146; *R. c. Gould* (1958), 122 C.C.C. 253; *R. c. Harris* (1953), 105 C.C.C. 301; *Baron c. The King*, [1930] R.C.S. 194; *R. c. Mathieu*, [1967] 3 C.C.C. 237; *Ungaro c. The King*, [1950] R.C.S. 430; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20; *R. c. R. (D.J.)* (1991), 7 C.R. (4th) 300; *Steinberg c. The King*, [1931] R.C.S. 421; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 159(1) [aj. ch. 19 (3^e suppl.), art. 3], 682(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 203], 686(1a)(i), b)(iii).
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 588(1).
Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 1020.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 155 [abr. 1987, ch. 24, art. 3], 586 [idem, art. 15], 609(1) [abr. & rempl. 1972, ch. 13, art. 55; mod. 1985, ch. 19, art. 206].
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 745.
Crown Cases Act (R.-U.), 11 & 12 Vict., ch. 78.
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.C. 1987, ch. 24, art. 3, 11, 15.

Authors Cited

Del Buono, Vincent M. "The Right to Appeal in Indictable Cases; A Legislative History" (1978), 16 *Alta. L. Rev.* 446.

Lagarde, I. *Droit pénal canadien*, 2^e éd. Wilson & Lafleur, 1974.

O'Halloran, C. H. "Development of the Right of Appeal in England in Criminal Cases" (1949), 27 *Can. Bar Rev.* 153.

Popple, A. E. "Magistrate's report to Court of Appeal" (1961), 35 C.R. 56.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1. London: MacMillan & Co., 1883.

Tremeear's Annotated Criminal Code, 6th ed. By Leonard J. Ryan. Toronto: Carswell, 1964.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 84 Alta. L.R. (2d) 220, 120 A.R. 63, 8 W.A.C. 63, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of having anal intercourse with a young boy, and ordering a new trial. Appeal allowed, Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. dissenting.

Ken Tjosvold, for the appellant.

A. Clayton Rice, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and Major J. were delivered by

LAMER C.J. (dissenting) — This case raises two related questions: under what circumstances may comments on the evidence by the trial judge be placed before a Court of Appeal in a trial judge's report under s. 682(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46; and how far may a trial judge go in commenting on evidence in his charge to the jury?

I. Facts

On February 23, 1990, before a judge and jury, the respondent was found guilty of engaging in anal intercourse with his step-son and sentenced to four years imprisonment. J.E., the complainant,

Doctrine citée

Del Buono, Vincent M. «The Right to Appeal in Indictable Cases; A Legislative History» (1978), 16 *Alta. L. Rev.* 446.

^a Lagarde, I. *Droit pénal canadien*, 2^e éd. Wilson & Lafleur, 1974.

O'Halloran, C. H. «Development of the Right of Appeal in England in Criminal Cases» (1949), 27 *R. du B. can.* 153.

^b Popple, A. E. «Magistrate's report to Court of Appeal» (1961), 35 C.R. 56.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1. London: MacMillan & Co., 1883.

^c *Tremeear's Annotated Criminal Code*, 6th ed. By Leonard J. Ryan. Toronto: Carswell, 1964.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 84 Alta. L.R. (2d) 220, 120 A.R. 63, 8 W.A.C. 63, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'avoir eu des relations sexuelles anales avec un jeune garçon, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi ^e accueilli, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents.

Ken Tjosvold, pour l'appelante.

^f *A. Clayton Rice*, pour l'intimé.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Major rendus par

^g LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident) — La présente affaire soulève deux questions connexes: dans quelles circonstances est-il loisible au juge du procès de soumettre à une cour d'appel ses commentaires sur la preuve, dans le rapport du juge du procès visé au par. 682(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46? Et jusqu'où le juge du procès peut-il aller en commentant la preuve dans son exposé au jury?

I. Les faits

^j Le 23 février 1990, devant un juge et un jury, l'intimé a été déclaré coupable d'avoir eu des relations sexuelles anales avec son beau-fils, et a été condamné à quatre ans de prison. J.E., le plaignant,

was 13 years of age at the time of the trial and kindergarten-aged at the time of the alleged incidents. If his story is true, he lived for a period of some months in a household marked by brutal physical and sexual abuse.

The trial judge conducted an inquiry into J.E.'s understanding of the oath and was satisfied that he could be sworn to testify. J.E. was the only Crown witness on the material points. His sworn testimony was that, from the age of five, he was subjected to repeated and violent sexual acts by his step-father, the respondent. The respondent testified on his own behalf and denied the allegations.

Additionally, J.E. testified that his mother forced him to perform oral sex with her, that his step-brother forced him to perform oral and anal sex with him and that his step-sister coerced him to participate in sexual acts with her. All of these individuals denied such incidents took place. The defence's theory of the case was that J.E. was actually the victim of abuse over this period at the hands of his natural father. J.E. testified that he was not abused by his natural father, whom he saw periodically during this time; his mother, however, testified that he looked nervous and shaken after these visits. The case boiled down to a question of credibility and the jury believed J.E. over the accused.

The respondent's appeal to the Alberta Court of Appeal was argued on February 28, 1991. On June 21, 16 months after the trial, and while the judgment of the Court of Appeal was still reserved, the trial judge wrote a letter to the Chief Justice of the Court of Appeal containing the following comments:

This accused's appeal from conviction, as I understand it, has been argued and is now reserved.

I recall this trial very clearly. Were I sitting alone, I would not have found the accused guilty on the evidence at trial. I was of the view that a verdict of guilty would be an unsafe one and I would have said as much

qui avait 13 ans au moment du procès, était jeune enfant à l'époque où auraient eu lieu les incidents. Si son histoire est véridique, il a vécu pendant quelques mois dans un foyer caractérisé par les agressions physiques et sexuelles brutales.

Après avoir vérifié sa compréhension du serment, le juge du procès a conclu que J.E. pouvait être assermenté pour témoigner. J.E. était le seul témoin à charge sur les points importants. Dans son témoignage sous serment, il a raconté avoir été soumis, à partir de cinq ans à des actes sexuels répétés et violents de la part de son beau-père, l'intimé. L'intimé a témoigné en son propre nom et a nié les allégations.

J.E. a en outre témoigné avoir été forcé par sa mère à avoir des relations bucco-génitales avec elle, avoir été forcé par son demi-frère à avoir des relations sexuelles bucco-génitales et anales avec lui et avoir été contraint par sa demi-sœur à participer à des actes sexuels avec elle. Toutes ces personnes ont nié que de tels événements se soient produits. La théorie de la défense, en l'espèce, était que J.E. a, en fait, été victime d'agressions de la part de son père naturel durant cette période. J.E. a témoigné qu'il n'avait pas été agressé par son père naturel qu'il voyait périodiquement à cette époque; sa mère a toutefois témoigné qu'il semblait nerveux et bouleversé après ces visites. L'affaire se résumait à une question de crédibilité et le jury a préféré ajouter foi aux propos de J.E. plutôt qu'à ceux de l'accusé.

L'appel interjeté par l'intimé devant la Cour d'appel de l'Alberta a été entendu le 28 février 1991. Le 21 juin, soit 16 mois après le procès et pendant que l'affaire était toujours en délibéré devant la Cour d'appel, le juge du procès a adressé au juge en chef de la Cour d'appel une lettre où figuraient les commentaires suivants:

[TRADUCTION] Si je comprends bien, cet appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité a été entendu et est maintenant en délibéré.

Je me souviens très bien de ce procès. Si j'avais entendu l'affaire seul, je n'aurais pas déclaré l'accusé coupable d'après la preuve produite au procès. J'estimais qu'il était imprudent de prononcer un verdict de

to the jury if I thought it were proper for me to do so—bearing in mind the jury's function.

There were some improbabilities in the young complainant's testimony which concerned me and this, together with the evidence of the accused and the other defence witnesses, created a reasonable doubt in my mind.

I have been concerned about this case since the verdict, particularly when I sentenced [A.W.E.] for this serious crime. I remain concerned today.

Copies of this letter were forwarded to the Crown prosecutor and to defence counsel. The Court of Appeal asked for further submissions in light of this letter. Further written submissions were received and judgment rendered on November 21, 1991. The Court of Appeal found the verdict of the jury unsafe, quashed the conviction, and gave the Crown leave to proceed with a new trial if it so desired. On April 9, 1992, the Crown was granted leave to appeal to this Court, [1992] 1 S.C.R. x.

II. Relevant Statutory Provisions

Trial Judge's Report

682. (1) Where, under this Part, an appeal is taken or an application for leave to appeal is made, the judge or provincial court judge who presided at the trial shall, at the request of the court of appeal or a judge thereof, in accordance with rules of court, furnish it or him with a report on the case or on any matter relating to the case that is specified in the request.

(R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by c. 27 (1st Supp.), s. 203))

Buggery and Anal Intercourse

155. Every one who commits buggery or bestiality is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

(R.S.C. 1970, c. C-34 (rep. 1987, c. 24, s. 3))

159. (1) Every person who engages in an act of anal intercourse is guilty of an indictable offence and liable

culpabilité et j'en aurais glissé un mot au jury si j'avais jugé opportun de le faire, eu égard à la fonction du jury.

Il y avait dans le témoignage du jeune plaignant certaines invraisemblances qui m'inquiétaient, ce qui, conjugué au témoignage de l'accusé et à ceux des autres témoins de la défense, a suscité un doute raisonnable dans mon esprit.

J'ai été préoccupé par cette affaire depuis que le verdict a été rendu, tout particulièrement au moment où j'ai prononcé la peine que devait purger [A.W.E.] pour ce crime grave. Je suis encore préoccupé aujourd'hui.

Des copies de cette lettre ont été remises au substitut du procureur général de même qu'à l'avocat de la défense. La Cour d'appel a demandé qu'on lui soumette des observations supplémentaires à la suite de cette lettre. D'autres observations écrites ont été produites et le jugement a été rendu le 21 novembre 1991. La Cour d'appel a conclu que le verdict du jury était imprudent et elle a annulé la déclaration de culpabilité et donné au ministère public l'autorisation de tenir un nouveau procès s'il le désirait. Le 9 avril 1992, le ministère public a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, [1992] 1 R.C.S. x.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Le rapport du juge du procès

682. (1) Lorsque, sous le régime de la présente partie, un appel est interjeté ou une demande d'autorisation d'appel est faite, le juge ou juge de la cour provinciale qui a présidé au procès doit, à la demande de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, en conformité avec les règles de cour, fournir à ce tribunal ou à ce juge, un rapport portant sur la cause ou sur toute matière s'y rattachant que la demande spécifie.

(L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 203))

Sodomie et relations sexuelles anales

155. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque commet la sodomie ou bestialité.

(S.R.C. 1970, ch. C-34 (abr. 1987, ch. 24, art. 3))

159. (1) Quiconque a des relations sexuelles anales avec une autre personne est coupable soit d'un acte cri-

to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by c. 19 (3rd Supp.), s. 3))

III. Judgment Below

Court of Appeal (1991), 84 Alta. L.R. (2d) 220 (McClung and Côté J.J.A., and Wachowich J. (*ad hoc*))

The members of the Court of Appeal recognized that credibility was the central issue in this case, and based on the evidence in the record, they expressed having "very serious doubts" about the conviction. These doubts were apparently reinforced by the receipt of the communication from the trial judge expressing his reservations about the jury's verdict.

Côté J.A. considered the issue of the trial judge's report, noting that an earlier decision of the Alberta Court of Appeal, *R. v. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540, had interpreted s. 682(1) of the *Code* (then s. 609(1)) as constituting an open invitation from the court to the trial judge to make a report wherever circumstances dictate such a step. Côté J.A. held that the Court of Appeal was entitled to factor the letter into its decision-making, as the communication did not amount to supplementary reasons, nor could it be said to amount to "reasons for judgment" (p. 223).

Côté J.A. found that the evidence of the complainant seemed difficult to believe as true, whereas the witnesses who denied the allegations of the complainant seemed credible, both on the face of the transcripts and in the eyes of the trial judge as conveyed through the trial judge's report. He concluded (at p. 224):

In our view, the only way to do justice here is to say that this verdict is unsafe, order a new trial (should the Crown choose to have one), and say nothing more about

minel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par ch. 19 (3^e suppl.), art. 3))

III. La juridiction inférieure

Cour d'appel (1991), 84 Alta. L.R. (2d) 220 (les juges McClung, Côté et Wachowich (*ad hoc*))

Les juges de la Cour d'appel ont reconnu que la crédibilité était la question centrale dans cette affaire et, en se fondant sur les éléments de preuve figurant au dossier, ils ont affirmé avoir de [TRADUCTION] «très sérieux doutes» sur la déclaration de culpabilité. Ces doutes ont apparemment été renforcés par la réception de la communication dans laquelle le juge du procès faisait état de ses réserves sur le verdict prononcé par le jury.

Le juge Côté a examiné la question du rapport du juge du procès, soulignant que, dans un arrêt antérieur, *R. c. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540, la Cour d'appel de l'Alberta avait interprété le par. 682(1) du *Code* (alors le par. 609(1)) comme constituant une invitation générale, faite par la cour au juge du procès, à présenter un rapport chaque fois que les circonstances l'exigent. Le juge Côté a conclu que la Cour d'appel avait le droit de tenir compte de la lettre dans son processus décisionnel, puisque la communication ne constituait pas des motifs supplémentaires et qu'elle ne pouvait être considérée comme des [TRADUCTION] «motifs de jugement» (p. 223).

Le juge Côté a statué que le témoignage du plaignant semblait difficile à croire, tandis que les témoins qui niaient les allégations du plaignant semblaient crédibles, à la fois à la lecture des transcriptions et aux yeux du juge du procès comme en faisait foi le rapport du juge. Il a conclu (à la p. 224):

[TRADUCTION] À notre avis, la seule façon de rendre justice en l'espèce consiste à affirmer que ce verdict est imprudent, à ordonner un nouveau procès (si le minis-

the facts. That way we will not prejudice the course which any new trial might take.

The Court of Appeal also addressed the question of the offence under which the respondent was charged. At the time of the commission of the offence, there was no offence of "anal intercourse", though there was an offence of "buggery". The court held that this defect did not go to the heart of the charge, and that there would be no point in obliging the Crown to prefer a new information and indictment; however, on the chance that some factual, legal or procedural remedy might be open to the respondent based on this discrepancy, the court ruled that a new trial should be ordered. Côté J.A. refers to this finding as "an independent ground for quashing the conviction and ordering a new trial" (p. 225).

IV. Analysis

The issue to be decided in this case is whether the Court of Appeal was correct in ordering a new trial either on the basis of the unsafeness of the jury's verdict at trial, or alternately, on the basis of the discrepancy between the laws in force at the time the incidents occurred and the laws in force at the time of trial.

During its deliberations on the question of the unsafeness of the verdict in this case, the Court of Appeal accepted a report from the trial judge pursuant to s. 682(1) of the *Code*. This report cast serious doubt on the finding of guilt by the jury based on the trial judge's opinion on the credibility of the witnesses. What I shall consider below is both whether the trial judge was authorized to furnish a report to the Court of Appeal and whether the Court of Appeal was correct in receiving and relying on the contents of that report. Additionally, in the course of his report, the trial judge indicated that he would have conveyed his opinion in the charge to the jury if it had been proper for him to do so. I shall therefore also consider whether the

rière public le souhaite) et à ne rien ajouter au sujet des faits. De cette façon, nous éviterons de nuire à l'orientation que pourrait prendre tout nouveau procès.

La Cour d'appel a aussi examiné la question de l'infraction dont était accusé l'intimé. Au moment où l'infraction a été commise, l'infraction des «relations sexuelles anales» n'existait pas, quoique celle de «sodomie» existait. La cour a conclu que ce défaut ne touchait pas au cœur de l'accusation et qu'il ne servirait à rien d'obliger le ministère public à présenter une nouvelle dénonciation et un nouvel acte d'accusation; toutefois, la cour a décidé qu'il y avait lieu d'ordonner un nouveau procès au cas où l'intimé pourrait, en raison de cette divergence, disposer de quelque recours fondé sur les faits, le droit ou la procédure. Le juge Côté décrit cette conclusion comme [TRADUCTION] «un motif indépendant d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès» (p. 225).

IV. Analyse

Il s'agit en l'espèce de déterminer si la Cour d'appel a eu raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à cause du danger que présentait le verdict prononcé par le jury au procès, ou, subsidiairement, à cause de la divergence entre les dispositions législatives en vigueur au moment où les incidents ont eu lieu et celles qui étaient en vigueur au moment du procès.

Au cours de ses délibérations sur la question du danger que présentait le verdict prononcé en l'espèce, la Cour d'appel a accepté un rapport produit par le juge du procès conformément au par. 682(1) du *Code*. Ce rapport suscitait de sérieux doutes sur la déclaration de culpabilité prononcée par le jury, en raison de l'opinion exprimée par le juge du procès sur la crédibilité des témoins. Je vais examiner plus loin à la fois si le juge du procès était autorisé à fournir un rapport à la Cour d'appel, et si la Cour d'appel a eu raison de recevoir le rapport et de se fonder sur son contenu. Dans son rapport, le juge du procès a en outre indiqué qu'il aurait fait part de son opinion dans l'exposé au jury s'il avait été opportun qu'il le fasse. J'examinerai donc si le

trial judge was correct in directing himself not to place his comments on credibility before the jury.

juge du procès a eu raison de s'abstenir de saisir le jury de ses commentaires sur la crédibilité des témoins.

A. *The Trial Judge's Report*

1. The History of the Trial Judge's Report in Canadian Criminal Law

While trial judge's reports have served an important function in the appellate process in Canada, the proper nature and scope of these reports have rarely been explored. In his annotation "Magistrate's report to Court of Appeal" (1961), 35 C.R. 56, A. E. Popple surveyed the case law considering this provision of the *Code* and aptly concluded that "[i]t is obvious that this report is no ordinary document" (p. 56). In order to determine if the trial judge's report in the present case was properly furnished to the Court of Appeal, it is necessary to better understand the purpose behind these reports. Toward this end, it is useful to briefly review the history of the trial judge's report in the context of the development of criminal appeals in Canada.

A report of the trial judge was unknown at common law as there was, until the 19th century, no appeal procedure from the verdicts of criminal trials on findings of fact or law. Criminal trials which resulted in convictions, however, could be reviewed by the mechanism of prerogative writs. The two most common writs employed for this purpose were the writ of *habeas corpus*, which could be used to free a prisoner where an error could be shown on the face of the warrant for committal, and the writ of *certiorari*, which could be used to overturn a conviction where it could be shown that the trial judge lacked jurisdiction. Another important route by which a conviction could be set aside was the writ of error, which, by the 18th century, could be sought as of right where the record of a criminal trial disclosed a mistake in the recording of the indictment, the plea, the verdict, or some other material aspect of the trial: see C. H. O'Halloran, "Development of the Right of

a A. *Le rapport du juge du procès*

1. Historique du rapport du juge du procès en droit criminel canadien

Bien que les rapports des juges du procès aient joué un rôle important dans le processus d'appel au Canada, leur nature et leur portée appropriées ont rarement fait l'objet d'un examen. Dans son commentaire intitulé «Magistrate's report to Court of Appeal» (1961), 35 C.R. 56, A. E. Popple a passé en revue la jurisprudence portant sur cette disposition du *Code* et il a conclu avec justesse qu'[TRANSLATION] «[i]l est évident que ce rapport n'est pas un document ordinaire» (p. 56). Pour déterminer si le rapport du juge du procès en l'espèce a été fourni régulièrement à la Cour d'appel, il est nécessaire de mieux comprendre quelle fin sous-tend ces rapports. Pour ce faire, il est utile de procéder à un bref survol de l'historique du rapport du juge du procès dans le contexte de l'évolution des appels en matière criminelle au Canada.

La notion de rapport du juge du procès était inconnue en common law puisque, jusqu'au XIX^e siècle, les verdicts prononcés à la suite de procès au criminel ne pouvaient pas faire l'objet d'un appel sur des conclusions de fait ou de droit. Toutefois, les procès en matière criminelle qui aboutissaient à des déclarations de culpabilité pouvaient faire l'objet d'un examen grâce aux brefs de prérogative. Les deux brefs auxquels on avait recours le plus fréquemment à cette fin étaient le bref d'*habeas corpus* qui pouvait servir à libérer un prisonnier en cas d'erreur apparente à la lecture du mandat d'incarcération, et le bref de *certiorari* qui pouvait servir à obtenir l'annulation d'une déclaration de culpabilité lorsqu'on pouvait établir que le juge du procès n'avait pas compétence. Un autre moyen important d'obtenir l'annulation d'une déclaration de culpabilité était le bref d'erreur qui, au XVIII^e siècle, pouvait être sollicité de plein droit lorsque le dossier d'un procès en matière criminelle révélait la présence d'une erreur dans la consignation de l'acte d'accusation, du plaidoyer,

Appeal in England in Criminal Cases" (1949), 27 *Can. Bar Rev.* 153, at pp. 157-58.

The forerunner of our current system of criminal appeals was the practice which gradually evolved in England whereby a guilty verdict in a criminal case could be reviewed by the trial judge reserving a question of law for the consideration of the other judges who convened informally at Serjeant's Inn, of which all the judges were members. If the judges were persuaded by counsel that the accused had been improperly convicted, a pardon was granted. This practice was regularized in 1848 with the enactment of the *Crown Cases Act* (U.K.), 11 & 12 Vict., c. 78, under which the trial judge gained the statutory discretion to state a question of law and reserve a case to be heard by the Court for Crown Cases Reserved. However, as with the prerogative writs, the stated question of law had to be decided solely on the basis of the record before the Court of Appeal.

Traditionally, however, no formal record was kept of the evidence at trial, or of the direction given by the judge to the jury. As Sir James Stephen explained in the following passage from *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 1, at pp. 308-9, the lack of any reliable record of events at trial was a central impediment to the development of any formal appellate procedure in England:

As I have already observed the only document connected with a trial necessarily put into writing is the indictment. Upon this the clerk of assize or other officer of the court makes certain memoranda, showing the plea of the prisoner and the verdict of the jury. He also keeps a minute book in court in which he makes a note of the names of the jurors by whom different sets of cases are tried, an abstract of the indictments, and a memorandum of pleas, verdicts, and sentences. This is a mere private memorandum book having no legal authority, and kept merely for the purposes of the officer who keeps it. He is under no obligation to keep it. No form is prescribed

du verdict ou de quelque autre aspect important du procès: voir C. H. O'Halloran, «Development of the Right of Appeal in England in Criminal Cases» (1949), 27 *R. du B. can.* 153, aux pp. 157 et 158.

Le précurseur de notre système actuel d'appels en matière criminelle était la pratique, qui s'est développée progressivement en Angleterre, en vertu de laquelle un verdict de culpabilité dans une affaire criminelle pouvait être examiné par le juge du procès qui mettait de côté une question de droit pour la soumettre à l'appréciation des autres juges qui se réunissaient officieusement au Serjeant's Inn, dont tous les juges étaient membres. Si l'avocat réussissait à convaincre les juges que l'accusé avait été déclaré coupable à tort, l'accusé était gracié. Cette pratique a été régularisée en 1848 avec l'adoption de la *Crown Cases Act* (R.-U.), 11 & 12 Vict., ch. 78, qui conférait au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de formuler une question de droit et de mettre de côté une affaire pour la soumettre à la Court for Crown Cases Reserved. Toutefois, à l'instar des brefs de prérogative, la question de droit formulée ne pouvait être tranchée qu'à partir du dossier produit devant la Cour d'appel.

Traditionnellement cependant, aucun dossier officiel n'était tenu concernant la preuve produite au procès ou les directives données par le juge au jury. Comme l'explique sir James Stephen dans l'extrait suivant de l'ouvrage *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 1, aux pp. 308 et 309, l'absence de tout dossier fiable sur le déroulement du procès constituait un obstacle majeur à l'élaboration d'une procédure d'appel formelle en Angleterre:

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà fait remarquer, le seul élément lié à un procès qui est nécessairement couché par écrit est l'acte d'accusation. Sur ce, le greffier ou un autre officier de la cour prend quelques notes qui font état du plaidoyer du prisonnier et du verdict du jury. Il tient en outre un registre à l'audience dans lequel il note le nom des jurés qui entendent les différentes séries d'affaires, résume les actes d'accusation et inscrit les plaidoyers, verdicts et sentences. Il s'agit seulement d'un registre privé qui n'a aucune valeur légale et qui est tenu uniquement pour les fins de l'officier qui le tient. Il n'a aucune obligation de le tenir. Aucune règle

in which it is to be kept, and it never becomes in any way a public record. In all cases, however, except an infinitesimally small number, it is the only record kept of criminal trials, and nothing more meagre, unsatisfactory, and informal can well be conceived.

In submitting proposals to the Criminal Code Commission on the establishment of a statutory regime of criminal appeals in England in the late 19th century, Sir James Stephen advocated instituting a public record of the proceedings at trial. He suggested in this proposal instituting the following practice (at p. 318):

... that the Court of Appeal should have power to call for the judge's notes, and to supply them if they are considered defective by any other evidence which may be available, — a shorthand writer's notes for instance. We consider the statutory recognition of the duty of the judge to take notes as a matter of some importance.

This proposal was adopted under Part LII of Canada's first *Criminal Code* in 1892 (S.C. 1892, c. 29) which consolidated a patchwork of earlier legislation and practice relating to criminal appeals: see V. M. Del Buono "The Right to Appeal in Indictable Cases; A Legislative History" (1978), 16 *Alta. L. Rev.* 446. In outlining the evidence that was to be put before a Court of Appeal under this new statutory scheme, s. 745 of the *Criminal Code*, 1892 provided the following:

745. On any appeal or application for a new trial, the court before which the trial was held shall, if it thinks necessary, or if the Court of Appeal so desires, send to the Court of Appeal a copy of the whole or of such part as may be material of the evidence or the notes taken by the judge or presiding justice at the trial. The Court of Appeal may, if only the judge's notes are sent and it considers such notes defective, refer to such other evidence of what took place at the trial as it may think fit. The Court of Appeal may in its discretion send back any case to the court by which it was stated to be amended or restated.

Thus, prior to regular and reliable court reporting, the judge's notes of the trial formed an essen-

n'en prescrit la forme et jamais ce document ne devient de quelque façon un dossier public. Dans tous les cas toutefois, à l'exception d'un nombre infime, il s'agit du seul dossier qui est tenu au sujet des procès en matière criminelle, même s'il est impossible de concevoir document plus pauvre, insatisfaisant et informel que celui-ci.

Dans les propositions qu'ils a présentées, à la fin du XIX^e siècle, à la Commission sur le Code criminel au sujet de l'établissement d'un régime légal d'appel en matière criminelle en Angleterre, sir James Stephen a préconisé la création d'un dossier public du déroulement des procédures lors du procès. Il a proposé la pratique suivante (à la p. 318):

[TRADUCTION] ... que la cour d'appel soit habilitée à demander les notes du juge et, advenant que celles-ci soient jugées incomplètes, à les compléter par tout autre élément de preuve disponible, — des notes sténographiées par exemple. Nous considérons la reconnaissance par la loi de l'obligation du juge de prendre des notes comme une question d'une certaine importance.

Cette proposition a été adoptée en 1892 sous le régime de la partie LII du premier *Code criminel* du Canada (S.C. 1892, ch. 29), qui a consolidé un ensemble disparate d'anciennes dispositions législatives et de pratiques relatives aux appels en matière criminelle: voir V. M. Del Buono, «The Right to Appeal in Indictable Cases; A Legislative History» (1978), 16 *Alta. L. Rev.* 446. En exposant les éléments de preuve qui devaient être produits devant une cour d'appel en vertu de ce nouveau régime légal, l'art. 745 du *Code criminel*, 1892 prévoyait ceci:

745. Lors de tout appel ou demande d'un nouveau procès, la cour devant laquelle le procès a eu lieu devra, si elle le juge nécessaire ou si la cour d'Appel le désire, envoyer à la cour d'Appel copie de tous les témoignages, ou de toute partie essentielle des témoignages ou des notes prises par le juge ou le juge de paix présidant au procès. La cour d'Appel pourra, si les notes du juge seules sont envoyées et si elle les considère défectueuses, consulter toute autre preuve de ce qui se sera passé au procès qu'elle jugera à propos. La cour d'Appel pourra, à sa discrétion, renvoyer tout cas à la cour qui en aura fait l'exposé pour le faire amender ou le faire de nouveau.

Ainsi, avant l'apparition d'une sténographie judiciaire régulière et fiable, les notes prises par le

tial part of the record before the Court of Appeal. These notes would typically refer to the testimony given by particular witnesses, the central pieces of evidence in the case, and any noteworthy occurrences at trial.

The notes of the trial judge are referred to, however, in the 1927 *Criminal Code* (R.S.C. 1927, c. 36), though with the dimension of the trial judge's "report" added. Section 1020 provided:

1020. The judge or magistrate before whom a person has been tried on indictment shall, in the case of appeal under this Part against the conviction or against the sentence, or in the case of an application for leave to appeal under this Part, furnish to the court of appeal, in accordance with rules of court, his notes of the trial; and shall also furnish to the court of appeal in accordance with rules of court, a report giving his opinion upon the case or upon any point arising in the case.

Thus, for the first time, the trial judge was placed under a statutory duty to append a report giving an opinion on the case or any point arising in the case. This amendment to the section entrenched a practice that had, I believe, developed as a result of the growing centrality of the judge's notes. Where such notes were not self-explanatory, or if the trial judge was concerned that something in the notes, or omitted from the notes, could mislead a Court of Appeal, the trial judge might choose to, or be requested to, append an explanation to these notes. It was the informal explanation accompanying the trial judge's notes that most likely evolved into the statutory requirement that trial judges furnish a report to the Court of Appeal.

As accurate transcripts of proceedings became commonly available, the Court of Appeal's need for the judge's notes taken at trial diminished. By the 1950's, the section was amended to remove the statutory duty on the trial judge to provide notes of the trial: S.C. 1953-54, c. 51, s. 588(1). The duty to furnish the Court of Appeal with a report, how-

juge au cours du procès constituaient une partie essentielle du dossier soumis à la cour d'appel. Ces notes portaient habituellement sur les dépositions de certains témoins, sur les éléments essentiels de la preuve soumise et sur tout événement digne de mention survenu au procès.

Les notes du juge du procès sont toutefois mentionnées dans le *Code criminel* de 1927 (S.R.C. 1927, ch. 36), avec cette fois l'ajout de la dimension «rapport» du juge du procès. L'article 1020 se lisait ainsi:

1020. Le juge ou le magistrat devant qui une personne a subi son procès sur un acte d'accusation doit fournir à la cour d'appel ses notes du procès conformément aux règles de cour, s'il est interjeté appel du jugement de culpabilité ou de la sentence par application de la présente Partie, ou dans le cas d'une demande d'autorisation d'appel sous l'empire de la présente Partie; et il doit aussi communiquer à la cour d'appel, suivant les règles de cour, un rapport exposant son opinion sur la cause ou sur tout point soulevé au cours du procès.

Ainsi, pour la première fois, le juge du procès était légalement tenu de joindre un rapport exposant une opinion sur l'affaire ou sur tout point soulevé au cours du procès. Cette modification de l'article consacrait une pratique qui, selon moi, avait découlé de l'importance croissante des notes du juge. Lorsque ces notes ne se passaient pas d'explications, ou si le juge du procès craignait que quelque chose contenu dans les notes ou n'y figurant pas n'induisse la cour d'appel en erreur, il pouvait, de son propre chef ou en réponse à une demande en ce sens, joindre une explication à ces notes. C'est cette explication informelle accompagnant les notes du juge du procès qui est très probablement à l'origine de l'obligation légale du juge du procès de fournir un rapport à la cour d'appel.

Au fur et à mesure que des transcriptions fidèles des procédures devinrent généralement disponibles, la nécessité pour la cour d'appel d'obtenir les notes prises par le juge au cours du procès s'est estompée. Dès les années cinquante, cet article a été modifié de façon à supprimer l'obligation légale du juge du procès de fournir des notes concernant le procès; S.C. 1953-1954, ch. 51, par. 588(1). L'obligation de fournir un rapport à la cour

ever, remained in force. The section now read as follows:

588. (1) Where, under this Part, an appeal is taken or an application for leave to appeal is made, the judge or magistrate who presided at the trial shall furnish to the court of appeal, in accordance with rules of court, a report giving his opinion upon the case or upon any matter relating thereto.

Given the increasing reliability of the materials placed before the Court of Appeal, the justification for a report from the trial judge offering his "opinion upon the case" was less clear. This anomaly is concisely expressed in the following passage from *Tremear's Annotated Criminal Code* (6th ed. 1964), at p. 1088:

It is difficult to see the justification for the provision, enabling the trial judge or magistrate to make "a report giving his opinion upon the case or upon any matter relating thereto." Where the evidence has not been taken in shorthand, it is obvious that the judge's notes must be made available on the appeal, but the report here contemplated is additional to the notes of the evidence, or to the official shorthand report of the proceedings. It is not usual in other appeals for the trial judge to furnish an *ex parte* explanation of, or justification for, his decision, and it would seem to be especially objectionable in criminal proceedings, where the liberty of the subject is at stake.

Despite such misgivings, the provision remained unchanged until 1972. In an amendment to the *Criminal Code* in that year (S.C. 1972, c. 13, s. 55), the provision was redrafted in the following manner:

609. (1) Where, under this Part, an appeal is taken or an application for leave to appeal is made, the judge or magistrate who presided at the trial shall, at the request of the court of appeal or a judge thereof, in accordance with rules of court, furnish to it or him a report on the case or on any matter relating to the case that is specified in the request.

The requirement that the trial judge include his "opinion" in the report was thus removed. Additionally, the amendment specified that the section no longer imposed a statutory duty on trial judges to furnish a report. This reform did not signify that

d'appel a toutefois été maintenue. La disposition se lisait désormais ainsi:

588. (1) Lorsque, sous le régime de la présente Partie, un appel est interjeté ou une demande d'autorisation d'appel est faite, le juge ou magistrat qui a présidé au procès doit fournir à la cour d'appel, en conformité des règles de cour, un rapport donnant son opinion sur la cause ou sur toute matière s'y rattachant.

Étant donné la fiabilité croissante des documents soumis à la cour d'appel, la justification de la production d'un rapport dans lequel le juge du procès donnait «son opinion sur la cause» était moins évidente. Cette anomalie est décrite sommairement dans l'extrait suivant de *Tremear's Annotated Criminal Code* (6^e éd. 1964), à la p. 1088:

[TRADUCTION] Il est difficile de trouver la justification de la disposition qui permet au juge ou au magistrat de faire «un rapport donnant son opinion sur la cause ou sur toute matière s'y rattachant.» Lorsque les témoignages n'ont pas été sténographiés, il est évident que les notes du juge doivent être disponibles lors de l'appel, mais le rapport envisagé ici s'ajoute aux notes sur les témoignages, ou encore au rapport officiel sténographié des procédures. Il est inhabituel dans d'autres appels que le juge du procès fournisse, en l'absence des parties, une explication ou une justification de sa décision, et cela semblerait particulièrement inacceptable dans le cas de procédures criminelles où la liberté de la personne qui en fait l'objet est en jeu.

En dépit de telles appréhensions, la disposition est demeurée inchangée jusqu'en 1972. Dans une modification apportée cette année-là au *Code criminel* (S.C. 1972, ch. 13, art. 55), la disposition a été ainsi reformulée:

609. (1) Lorsque, sous le régime de la présente Partie, un appel est interjeté ou une demande d'autorisation d'appel est faite, le juge ou magistrat qui a présidé au procès doit, à la demande de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, en conformité des règles de cour, fournir à cette cour ou à ce juge, un rapport portant sur la cause ou sur toute matière s'y rattachant que la demande spécifie.

L'obligation pour le juge du procès d'inclure son «opinion» dans le rapport était ainsi supprimée. En outre, la modification précisait que l'article n'imposait plus aux juges du procès l'obligation de fournir un rapport. Cette réforme signifiait non pas

the trial judge's report was now regarded as less important, but that the continued burden on judges to file a report whether or not they had any opinion of substance to offer was no longer seen as necessary.

The current provision in force, s. 682(1) of the *Code*, is identical to this last version save for the substitution of "provincial court judge" for "magistrate" (R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 203).

In light of this historical background, I shall now consider whether the Alberta Court of Appeal was correct in its interpretation of s. 682(1) of the *Code* in this case.

2. Was the Trial Judge's Report Authorized under Section 682(1) of the *Code*?

In the present case, according to Côté J.A., the trial judge's report was received "unexpectedly" by the Court of Appeal while the case was under reserve. After considering submissions from the parties on whether the report was valid and should be received under s. 682(1), the Court of Appeal concluded the following: "... we cannot say that there was any impropriety whatever in sending in this report, or that we should shut our minds to such relevant information" (p. 223).

The Court of Appeal held that there was a general invitation to trial judges in Alberta to submit a report on a case where the trial judge felt the circumstances justified such a measure. The court relied on its earlier interpretation of this section in *Bowles, supra*, at pp. 546-47, wherein the following statement regarding the invitation to trial judges was made:

Care must be taken to maintain the distinction between a transcript of those oral reasons for judgment actually delivered at hearing, which must be furnished to the Court of Appeal pursuant to s. 609(2)(c) of the *Code*, and any report on the case by the trial judge pursuant to s. 609(1). The latter are authored by the trial

que le rapport du juge du procès était désormais considéré comme moins important, mais que l'obligation continue des juges de produire un rapport peu importe qu'ils aient ou non une opinion importante à fournir n'était plus considérée nécessaire.

La disposition actuellement en vigueur, le par. 682(1) du *Code*, est identique à la dernière version, sauf qu'on a substitué l'expression «juge de la cour provinciale» au mot «magistrat» (L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 203).

Compte tenu de ce contexte historique, je vais maintenant examiner si la Cour d'appel de l'Alberta a interprété correctement le par. 682(1) du *Code* en l'espèce.

2. Le rapport du juge du procès était-il autorisé en vertu du par. 682(1) du *Code*?

En l'espèce, selon le juge Côté, le rapport du juge du procès a été reçu [TRADUCTION] «inopinément» par la Cour d'appel alors que l'affaire était en délibéré. Après avoir examiné les observations des parties sur la validité du rapport et sur la question de savoir s'il y avait lieu de le recevoir en vertu du par. 682(1), la Cour d'appel a conclu ceci: [TRADUCTION] «... nous ne saurions dire qu'il y a eu quelque irrégularité dans la production de ce rapport, ou que nous devrions nous refuser de tenir compte de renseignements aussi pertinents» (p. 223).

La Cour d'appel a conclu qu'une invitation générale était faite aux juges du procès en Alberta pour qu'ils soumettent un rapport sur une affaire lorsqu'ils estimaient que les circonstances le justifiaient. La cour s'est fondée sur l'interprétation qu'elle avait donnée à cette disposition dans l'arrêt *Bowles*, précité, aux pp. 546 et 547, où figure l'énoncé suivant concernant l'invitation faite aux juges du procès:

[TRADUCTION] Il faut prendre soin de maintenir la distinction entre la transcription des motifs de jugement prononcés oralement à l'audience, qui doit être fournie à la cour d'appel conformément à l'al. 609(2)c) du *Code*, et tout rapport sur l'affaire émanant du juge du procès, conformément au par. 609(1). Ce dernier document est

judge and are not limited to what actually was said at trial; the former are certified by a court reporter to this Court as "a true and faithful transcript of the proceedings taken down by us". Transcripts of oral reasons have been available in Alberta for many years and the resulting practice of this Court has been to refrain from asking for reports under s. 609(1) [now s. 682(1)] except in unusual circumstances. It is fair to say, however, that the practice is that there is a standing invitation from this Court to make a report under s. 609(1) whenever circumstances dictate such a step. Care must be taken not to abuse the process. ... [Emphasis added.]

With respect, I cannot completely agree with this interpretation. By express amendment to this section of the *Code*, a trial judge's report is now authorized only where requested by the Court of Appeal. Parliament has dictated that only the Court of Appeal may decide under what circumstances a trial judge's report is needed. Issuing a general invitation to trial judges to submit reports would be tantamount to restoring the old section. However, if the trial judge wishes to make a comment which relates to material issues not apparent on the face of the transcript, such as observations regarding the behaviour of a juror or the demeanour of a witness, there is no way for a Court of Appeal independently to learn of the existence of the judge's opinion. In these circumstances, it is only logical that a Court of Appeal may issue a standing invitation to the judges of that province to inform it of such relevant information.

The correct view was adopted in *R. v. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19 (Ont. C.A.), where Dubin J.A. (as he then was) held that a report submitted on the trial judge's initiative, which did nothing more than elaborate on the evidence in the record in support of a conviction, was invalid under s. 609(1) (now s. 682(1)). The section seems to me similarly unambiguous in such circumstances.

rédigé par le juge du procès et ne se limite pas à ce qui a été dit au cours du procès; dans le premier cas, il s'agit d'un document qu'un sténographe judiciaire certifie à notre cour comme étant une «transcription exacte et fidèle des procédures que nous avons faite». La transcription des motifs rendus oralement est disponible depuis de nombreuses années en Alberta, d'où la pratique de notre cour de s'abstenir de demander des rapports en vertu du par. 609(1) [maintenant le par. 682(1)] sauf dans des circonstances exceptionnelles. Il est juste de dire toutefois que la pratique consiste en une invitation permanente de notre cour à produire un rapport en vertu du par. 609(1) chaque fois que les circonstances l'exigent. Il faut prendre soin de ne pas abuser de ce processus. . . [Je souligne.]

En toute déférence, je ne puis souscrire entièrement à cette interprétation. En vertu d'une modification expresse de cette disposition du *Code*, un rapport du juge du procès n'est maintenant autorisé que lorsque la cour d'appel le demande. Le Parlement a exigé que seule la cour d'appel puisse décider dans quelles circonstances un rapport du juge du procès est nécessaire. Lancer une invitation générale aux juges du procès pour qu'ils produisent des rapports reviendrait à rétablir l'ancienne disposition. Cependant, si le juge du procès désire faire un commentaire sur des questions importantes qui ne sont pas apparentes à la lecture de la transcription, comme des observations concernant le comportement d'un juré ou l'attitude d'un témoin, la cour d'appel ne dispose d'aucun moyen d'apprendre par elle-même l'existence de l'opinion du juge. Dans ces circonstances, il est simplement logique qu'une cour d'appel puisse faire une invitation permanente aux juges de cette province pour qu'ils lui fassent part de ces renseignements pertinents.

Le point de vue qui est juste a été adopté dans l'arrêt *R. c. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19 (C.A. Ont.), où le juge Dubin (maintenant Juge en chef de l'Ontario) a conclu qu'un rapport produit par le juge du procès de sa propre initiative, qui ne faisait que donner des détails sur la preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité, qui avait été versée au dossier, était invalide en vertu du par. 609(1) (maintenant le par. 682(1)). La disposition législative me semble tout aussi claire dans de telles circonstances.

With respect to the report in this case, the trial judge's comments pertained exclusively to evidence already in the record of the trial before the Court of Appeal. Therefore, I find the Court of Appeal erred in finding the report of the learned trial judge authorized under s. 682(1). However, as I shall now briefly discuss, even if the report in this case were so authorized, I am of the view that the trial judge's comments exceeded the bounds of what properly could be received and relied upon by the Court of Appeal in a report under this section.

3. Did the Court of Appeal Err in Receiving and Relying upon the Trial Judge's Report?

It is well established that a trial judge, in furnishing the Court of Appeal with a report, must be vigilant to avoid simply expanding upon reasons or rulings previously given or providing reasons where none were given at trial. In such circumstances, a trial judge's report will be held invalid: *R. v. MacEwen* (1978), 39 C.C.C. (2d) 523 (P.E.I.S.C. *in banco*), at p. 526; *R. v. Chapman* (1958), 29 C.R. 168 (B.C.C.A.), at p. 177; *R. v. Pressley* (1948), 7 C.R. 342 (B.C.C.A.), at pp. 343-44; and *R. v. James* (1945), 83 C.C.C. 369 (B.C.C.A.). However, where a trial judge takes issue with the verdict of the jury, a series of older cases adopted the position that this disapproval, which alone cannot justify the setting aside of a verdict, may be a factor taken into consideration by the Court of Appeal: *R. v. Schrager* (1911), 6 Cr. App. R. 253, at p. 254; *R. v. Hart* (1914), 10 Cr. App. R. 176, at p. 178; *R. v. Boyd* (1953), 105 C.C.C. 146 (Ont. C.A.), at pp. 150-51; and *R. v. Gould* (1958), 122 C.C.C. 253 (Ont. C.A.).

In this case, the Court of Appeal, without expressly referring to this earlier line of cases, justified its reception of the contents of the trial judge's report on the following basis (at p. 223):

The Crown cites authority forbidding a judge appealed from to give supplementary reasons for judg-

En ce qui a trait au rapport en l'espèce, les commentaires du juge du procès portaient exclusivement sur la preuve déjà versée au dossier du procès produit devant la Cour d'appel. Je conclus donc que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le rapport du juge du procès était autorisé en vertu du par. 682(1). Toutefois, comme je vais maintenant l'expliquer brièvement, même si le rapport avait été autorisé par ce paragraphe en l'espèce, j'estime que les commentaires du juge du procès ont excédé les limites de ce qui pouvait régulièrement être reçu et pris en considération par la Cour d'appel dans un rapport visé par cette disposition.

3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en recevant et en prenant en considération le rapport du juge du procès?

Il est bien établi que, lorsqu'il fournit un rapport à la cour d'appel, le juge du procès doit prendre soin de ne pas simplement s'étendre sur les motifs ou les décisions déjà exposés, ou de ne pas donner des motifs qui n'ont pas été exposés au procès. En pareilles circonstances, le rapport du juge du procès sera jugé invalide: *R. c. MacEwen* (1978), 39 C.C.C. (2d) 523 (C.S.Î.-P.-É. *in banco*), à la p. 526; *R. c. Chapman* (1958), 29 C.R. 168 (C.A.C.-B.), à la p. 177; *R. c. Pressley* (1948), 7 C.R. 342 (C.A.C.-B.), aux pp. 343 et 344, et *R. c. James* (1945), 83 C.C.C. 369 (C.A.C.-B.). Toutefois, selon une série de décisions plus anciennes, lorsqu'un juge du procès conteste le verdict du jury, cette désapprobation, qui ne saurait justifier à elle seule l'annulation du verdict, peut être prise en considération par la cour d'appel: *R. c. Schrager* (1911), 6 Cr. App. R. 253, à la p. 254; *R. c. Hart* (1914), 10 Cr. App. R. 176, à la p. 178; *R. c. Boyd* (1953), 105 C.C.C. 146 (C.A. Ont.), aux pp. 150 et 151, et *R. c. Gould* (1958), 122 C.C.C. 253 (C.A. Ont.).

En l'espèce, sans mentionner expressément ce courant jurisprudentiel antérieur, la Cour d'appel a justifié sa réception du contenu du rapport du juge du procès par le motif suivant (à la p. 223):

[TRADUCTION] Le ministère public cite des précédents qui interdisent au juge dont la décision est portée en

ment pending appeal. But that is not the situation here. There was a jury. The trial judge did not give reasons for judgment before appeal, nor is this document reasons for judgment. If anything, it is the opposite, for it gives comments tending strongly against the conviction which was entered at trial after the jury's verdict.

This raises the issue of whether the Court of Appeal was correct in suggesting that a trial judge's report can be utilized to undermine the verdict of the jury.

The trial judge remarked in his report that had he been sitting without a jury, he would not have convicted the accused. A similar statement was made by the trial judge in *Gould*, *supra*. In that case, Roach J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, held that such a report should be taken into consideration. After receiving the trial judge's report, however, Roach J.A. concluded the following (at p. 255):

From the very fact that the jury convicted the accused it is equally clear that they were not as favourably impressed by that evidence as was the learned trial Judge and, unfortunately for the accused, the jury's estimate must prevail over that of the learned trial Judge unless it appears to this Court that in not giving effect to it the jury acted unreasonably.

I agree with the principle that the views of the jury must prevail. Because of the importance of this principle, however, I am unable to agree with the view expressed by the Ontario Court of Appeal in *Gould* that a report containing a trial judge's disapproval of a jury's verdict should be a factor considered by a Court of Appeal. This, in my view, would amount to nothing less than inviting the trial judge to enter the appellate arena.

Of course, the situation is quite different where the contents of a trial judge's report contradict his or her own earlier reasons in a case. In those circumstances, it might well be necessary for the Court of Appeal to take into account such com-

appel d'exposer des motifs de jugement supplémentaires en instance d'appel. Mais telle n'est pas la situation en l'espèce. Il y avait un jury. Le juge du procès n'a pas donné de motifs de jugement avant l'appel, et ce document ne constitue pas non plus des motifs de jugement. C'est plutôt le contraire, puisqu'il contient des commentaires qui militent fortement contre la déclaration de culpabilité qui a été prononcée au procès après le verdict du jury.

Cela soulève la question de savoir si la Cour d'appel a eu raison de laisser entendre que le rapport du juge du procès peut être utilisé pour miner le verdict du jury.

Dans son rapport, le juge du procès a fait observer que s'il avait siégé en l'absence d'un jury, il n'aurait pas déclaré l'accusé coupable. Dans l'arrêt *Gould*, précité, le juge du procès avait fait une affirmation semblable. Dans cette affaire, le juge Roach a conclu, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, qu'il y avait lieu de tenir compte d'un tel rapport. Après avoir reçu le rapport du juge du procès, le juge Roach a toutefois tiré la conclusion suivante (à la p. 255):

[TRADUCTION] Il ressort aussi clairement du fait même que le jury a déclaré l'accusé coupable qu'il n'était pas impressionné aussi favorablement par cette preuve que ne l'était le juge du procès et, malheureusement pour l'accusé, l'appréciation du jury doit l'emporter sur celle du juge du procès, à moins que notre cour n'estime qu'en ne lui donnant pas suite le jury a agi de façon déraisonnable.

Je souscris au principe selon lequel le point de vue du jury doit l'emporter. Toutefois, en raison de l'importance de ce principe, je ne puis être d'accord avec l'opinion exprimée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Gould*, selon laquelle une cour d'appel devrait prendre en considération le rapport dans lequel le juge du procès désapprouve le verdict d'un jury. À mon avis, cela reviendrait à rien de moins qu'inviter le juge du procès à intervenir dans le processus d'appel.

Bien sûr, la situation est très différente lorsque le contenu du rapport du juge du procès contredit les motifs qu'il a déjà prononcés dans une affaire. En pareil cas, il pourrait bien être nécessaire que la cour d'appel tienne compte de ces commentaires

ments in order to determine which version of the trial judge's findings should prevail; see *R. v. Harris* (1953), 105 C.C.C. 301 (B.C.C.A.). In the context of a jury trial, however, there is no question that the jury's version of the findings of fact prevails over that of the trial judge.

The concern that, by the mechanism of the report, trial judges might influence rather than assist the appeal process has echoed through the case law from the very first attempts to interpret this statutory power. In *Baron v. The King*, [1930] S.C.R. 194, at p. 197, which contained the first pronouncement of this Court on the nature of the trial judge's report, Anglin C.J. stated the following:

S. 1020 provides that, as part of the material to be put before the court of appeal, the trial judge or magistrate shall furnish to the court "his notes of the trial" and shall also send "a report giving his opinion upon the case or upon any point arising in the case" and apparently contemplates this being done immediately after the trial, or at least, so soon as an appeal is lodged. It was never intended by this section to enable the trial judge, after an appeal had been argued, to put before the court of appeal by way of certificate or otherwise, whether *proprio motu* or by direction of the court of appeal, his answer to the various points taken upon the appeal. That, in substance, is what has been done in this case. We cannot regard such a certificate of the trial judge as having been properly given, nor as a report within s. 1020.

The principle that a trial judge should not be permitted by virtue of a report on the case, to insert him or herself in the appellate arena, is articulately set forth in *R. v. Mathieu*, [1967] 3 C.C.C. 237 (Que. Q.B.), at p. 243, *per* Casey J.:

I cannot believe that this section of the *Code* imposes on a trial Judge the duty or gives him the right to explain or justify, *ex parte*, his decision. I find it difficult to believe that this report which the *Code* appears to intend only for the Court of Appeal, should contain anything more than the trial Judge's views on such things as the incidents of the trial or the credibility of the accused and of the witnesses. It is inconceivable that any Judge should have the right to plead before the Court of Appeal: and yet this is exactly what happens every time

pour établir quelle version des conclusions du juge du procès devrait l'emporter; voir *R. c. Harris* (1953), 105 C.C.C. 301 (C.A.C.-B.). Toutefois, dans le cadre d'un procès devant jury, il ne fait aucun doute que la version des conclusions de fait du jury l'emporte sur celle du juge du procès.

La crainte que les juges du procès puissent, au moyen de ce rapport, influencer plutôt qu'aider le processus d'appel s'est manifestée dans la jurisprudence dès les premières tentatives d'interprétation de ce pouvoir conféré par la loi. Dans l'arrêt *Baron c. The King*, [1930] R.C.S. 194, à la p. 197, où notre Cour s'est prononcée pour la première fois sur la nature du rapport du juge du procès, le juge en chef Anglin affirme ceci:

[TRADUCTION] L'article 1020 prévoit que, parmi les documents qui doivent être produits devant la cour d'appel, le juge du procès ou le magistrat doit fournir à la cour «ses notes du procès» ainsi que communiquer «un rapport exposant son opinion sur la cause ou sur tout point soulevé au cours du procès», et il prévoit apparemment que cela se fera immédiatement après le procès, ou à tout le moins dès qu'un appel sera interjeté. On n'a jamais voulu, par cet article, habiliter le juge du procès, après les débats en appel, à présenter devant la cour d'appel, au moyen d'un certificat ou autrement, que ce soit de sa propre initiative ou sur l'ordre de la cour d'appel, sa réponse aux divers points soulevés au cours de l'appel. C'est essentiellement ce qu'on a fait en l'espèce. Nous ne pouvons considérer qu'un tel certificat du juge du procès a été donné régulièrement, ni qu'il s'agit d'un rapport au sens de l'art. 1020.

Le principe selon lequel le juge du procès ne devrait pas être autorisé, en vertu d'un rapport sur l'affaire, à s'immiscer dans le processus d'appel, est exprimé clairement par le juge Casey dans la décision *R. c. Mathieu*, [1967] 3 C.C.C. 237 (B.R. Qué.), à la p. 243:

[TRADUCTION] Je ne puis croire que cet article du *Code* impose au juge du procès l'obligation ou lui donne le droit d'expliquer ou de justifier sa décision en l'absence des parties au litige. J'ai peine à croire que ce rapport, qui, d'après le *Code*, semble destiné uniquement à la cour d'appel, devrait contenir davantage que l'opinion du juge du procès sur des choses comme les incidents qui se sont produits au cours du procès, ou la crédibilité de l'accusé et des témoins. Il est inconcevable qu'un juge puisse avoir le droit de plaider devant la cour

a trial Judge undertakes to answer the grounds of appeal urged by the person whom he has convicted.

Though restrictions on the scope of a trial judge's report have been common, courts have less frequently commented at length on its proper contents. In *Ungaro v. The King*, [1950] S.C.R. 430, at p. 443, Locke J. (dissenting) acknowledged in the following statement that judges are provided with little guidance in this regard: "It is, I think, unfortunate that the section of the Code does not indicate more clearly the nature of the report to be made." Given the lack of certainty respecting Parliament's intent in enacting this provision, the case law has tended to shy away from clarifying the scope of the trial judge's report. A detailed review of this jurisprudence is found in I. Lagarde, *Droit pénal canadien* (2nd ed. 1974), after which the following instructive guidelines are offered regarding the contents of a trial judge's report (at p. 1661):

[TRANSLATION] After this review of the case law, a judge's report can, it seems, be defined as an explanation of facts which the transcript of the evidence is incapable of disclosing. In other words, this report constitutes the judge's opinion based on what he has seen and noted: behaviour, hesitation and reticence on the part of witnesses, conduct and comprehension of jurors;

I agree with this description of the nature of the comments contemplated within a trial judge's report. However, an appellate court may request a report from a trial judge on any matter pertaining to a trial which, in its view, requires elaboration. This will obviously include comments on a wide range of issues.

I wish to stress that the trial judge's report continues to play a useful role in the appellate process. There are often material elements to a trial that never will find their way into the transcripts or the record before the Court of Appeal. These include, as indicated above, the demeanour of witnesses, the comportment of counsel, the behaviour of the

d'appel: pourtant, c'est exactement ce qui se produit chaque fois qu'un juge du procès entreprend de répondre aux moyens d'appel avancés par la personne qu'il a déclarée coupable.

a Même si la portée du rapport du juge du procès a couramment été restreinte, les tribunaux ont moins fréquemment commenté en profondeur le contenu qu'il doit avoir. Dans l'arrêt *Ungaro c. The King*, [1950] R.C.S. 430, à la p. 443, le juge Locke (dissident) a reconnu dans l'énoncé suivant que les juges disposent de peu de lignes directrices en la matière: [TRADUCTION] «Il est malheureux, selon moi, que cet article du Code n'indique pas plus clairement la nature du rapport à produire.» Étant donné le manque de certitude quant à l'intention du Parlement lorsqu'il a adopté cette disposition, la jurisprudence a eu tendance à hésiter de clarifier la portée du rapport du juge du procès. On trouve, dans l'ouvrage *Droit pénal canadien* (2^e éd. 1974) de I. Lagarde, un examen détaillé de cette jurisprudence, après quoi les lignes directrices instructives suivantes sont données au sujet du contenu du rapport du juge du procès (à la p. 1661):

Après ce coup d'œil sur la jurisprudence, on peut, semble-t-il, définir le rapport du juge comme l'explication de faits que la transcription de la preuve est incapable de révéler. En d'autres termes, ce rapport constitue l'opinion du juge basée sur ce qu'il a vu et constaté: comportement, hésitations, réticences des témoins, conduite et compréhension des jurés;

Je suis d'accord avec cette description de la nature des commentaires que devrait contenir le rapport du juge du procès. Toutefois, une cour d'appel peut demander à un juge du procès un rapport sur toute question relative à un procès qui, à son avis, mérite d'être expliquée. Ceci comprend manifestement des commentaires sur une vaste gamme de sujets.

Je tiens à souligner que le rapport du juge du procès continue de jouer un rôle utile dans le processus d'appel. Il y a souvent des éléments pertinents à l'égard d'un procès, qui ne sont pas consignés dans les transcriptions ou le dossier soumis à la cour d'appel. Il peut notamment s'agir, comme nous l'avons déjà vu, de l'attitude des témoins, du

jury and the general atmosphere of a trial. Observing and evaluating these aspects of a trial is a skill in which the trial judge will usually have considerable experience and expertise. This experience and expertise provides, in my estimation, a valuable resource from which the Court of Appeal may draw.

In the present case, the intent of the trial judge in submitting the report was to express his view that the verdict of the jury was unsafe. With respect, it cannot have been Parliament's intent in enacting s. 682(1) to provide trial judges with an open forum for impugning the findings of the jury in this fashion.

This Court has, of late, emphasized the increasing trust and respect afforded juries in our criminal system; see *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1309, and *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 523. As McIntyre J. observed in *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, at p. 845:

There may have been a time when a paternalistic approach to unsophisticated jurors was justified. That time is now past and modern jurors represent a well-educated, well-informed and experienced cross-section of our society. If it is unsafe to preserve in today's world the distinction between the functions of a judge and jury, that fact would count as an argument for the entire abolition of the jury system rather than for a mere change in the law relating to the extent of the jury's role. This would be a development that I would much regret.

Therefore, I find that assuming that the Court of Appeal had requested the trial judge's report in the present instance, the contents of that report would amount to an improper interference by the trial judge in the appellate process, and should not have been relied upon.

B. *Was the Verdict of the Jury Unsafe?*

I shall now review the findings of the Court of Appeal in light of my conclusion that the trial

comportement des avocats, de la conduite du jury et de l'ambiance générale du procès. Le juge du procès possède habituellement une expérience et une expertise considérables pour ce qui est d'observer et d'évaluer ces aspects d'un procès. Cette combinaison d'expérience et d'expertise constitue, selon moi, une ressource précieuse dans laquelle la cour d'appel peut puiser.

En l'espèce, le juge du procès voulait, en produisant le rapport, faire part de son avis que le verdict prononcé par le jury était imprudent. En toute déférence, il est impossible que le Parlement ait voulu, en adoptant le par. 682(1), fournir aux juges du procès une tribune publique pour attaquer ainsi les conclusions du jury.

Ces derniers temps, notre Cour a souligné la confiance et le respect dont jouit de plus en plus le jury dans notre système de justice criminelle; voir *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1309, et *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, à la p. 523. Comme le fait remarquer le juge McIntyre dans l'arrêt *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, à la p. 845:

Il y a peut-être eu un temps où une attitude paternaliste envers des jurés naïfs était justifiée. Cette époque est maintenant révolue et les jurés modernes représentent une couche bien éduquée, bien informée et expérimentée de notre société. S'il était dangereux de maintenir de nos jours la distinction entre les fonctions d'un juge et celles du jury, cela serait jugé comme un argument en faveur de l'abolition complète du système de jury, plutôt que comme une simple modification du droit relatif à l'étendue du rôle du jury. Ce serait là un événement que je regretterais beaucoup.

Je conclus donc qu'en supposant que la Cour d'appel ait demandé le rapport du juge du procès en l'espèce, le contenu de ce rapport constituerait une ingérence inappropriée du juge du procès dans le processus d'appel, et n'aurait pas dû être pris en considération.

B. *Le verdict prononcé par le jury était-il imprudent?*

J'examinerai maintenant les conclusions de la Cour d'appel en fonction de ma conclusion que le

judge's report was invalid. Even without the report, the Court of Appeal was empowered under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* to find that the verdict in this case was unreasonable or unsupported by the evidence. As this Court held in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, the Court of Appeal, in making such a determination, is obliged to "re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence" (p. 186). Though this applies to findings of credibility, this Court has held that deference should be shown to those findings made at trial; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131.

In the Court of Appeal, Côté J.A. expressed the finding on this question in the following terms (at pp. 223-24):

Only the complainant gave evidence of any crime. (The one other Crown witness was called for a peripheral point.) There are things in the evidence of the complainant which seem to us difficult to accept as true. And there is evidence of innocence by a number of witnesses who sound credible (in the cold print of the transcript). They evidently looked and sounded credible to the trial judge.

In our view, the only way to do justice here is to say that this verdict is unsafe, order a new trial (should the Crown choose to have one), and say nothing more about the facts. That way we will not prejudice the course which any new trial might take.

The key issue to resolve would thus seem to be to what extent did the Court of Appeal rely on the tainted trial judge's report? If no reliance was placed on the report, then the invalidity of the report is no justification for disturbing the finding of the Court of Appeal.

Prior to the arrival of the trial judge's report, Côté J.A. stated that "[a]ll three members of the panel who heard argument felt that the evidence left them with very serious doubts" (p. 222). In my view, however, it is highly unlikely that the Court of Appeal would have concluded that the guilty

rapport du juge du procès était invalide. Même sans le rapport, la Cour d'appel était habilitée, en vertu du sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, à statuer que le verdict en l'espèce était déraisonnable ou qu'il n'était pas appuyé par la preuve. Comme l'a conclu notre Cour dans *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, pour rendre cette décision, la cour d'appel doit «réexaminer l'effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer» (p. 186). Même si cela s'applique aux conclusions relatives à la crédibilité, notre Cour a jugé qu'il y a lieu de faire preuve de retenue envers ces conclusions tirées au procès; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, à la p. 131.

En Cour d'appel, le juge Côté a formulé ainsi la conclusion relative à ce sujet (aux pp. 223 et 224):

[TRADUCTION] Seul le plaignant a témoigné sur la perpétration d'un crime. (Le seul autre témoin à charge a été appelé à témoigner sur un point secondaire.) Il y a, dans le témoignage du plaignant, des éléments qui nous semblent difficiles à croire. Et il y a la preuve d'innocence établie par un certain nombre de témoins qui semblent crédibles (à la simple lecture de la transcription). Ils ont manifestement paru et semblé crédibles au juge du procès.

À notre avis, la seule façon de rendre justice en l'espèce consiste à affirmer que ce verdict est imprudent, à ordonner un nouveau procès (si le ministère public le souhaite) et à ne rien ajouter au sujet des faits. De cette façon, nous éviterons de nuire à l'orientation que pourrait prendre tout nouveau procès.

La question essentielle à résoudre semblerait donc être la suivante: dans quelle mesure la Cour d'appel s'est-elle fondée sur le rapport vicié du juge du procès? Si elle ne s'est pas fondée sur ce rapport, alors l'invalidité du rapport ne justifie pas de toucher à la conclusion de la Cour d'appel.

Avant la réception du rapport du juge du procès, le juge Côté a déclaré que [TRADUCTION] «[t]ous les trois membres de la formation qui ont entendu les plaidoiries estimaient que la preuve suscitaient chez eux de très sérieux doutes» (p. 222). À mon avis, toutefois, il est fort improbable que, n'eussent

verdict was unreasonable under s. 686(1)(a) were it not for the comments contained in the report.

There was certainly evidence in the testimony of the complainant and the other witnesses upon which the jury could have reasonably based a verdict of guilty. A physical examination of the complainant, accepted by the trial judge, revealed findings consistent with the sexual abuse described by him. Moreover, as this Court has indicated in *R. v. W. (R.)*, *supra*, and *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at p. 54, the testimony of children should not be evaluated by adult standards. Rather, a flexible "common sense" approach to such testimony should be employed. Given that the trial judge was satisfied that J.E. was of sufficient maturity to be sworn, and that his testimony was given in detail without significant internal inconsistencies over the course of more than two hours of testimony, there was not, in my opinion, a sufficient basis apart from the trial judge's report for the Court of Appeal to have found the verdict of the jury unsafe. Therefore, I find the Court of Appeal erred in ordering a new trial on this ground.

C. *The Trial Judge's Charge to the Jury*

Although I have concluded that the comments of the trial judge in this case were improperly placed before and relied upon by the Court of Appeal, this is not to suggest that there was no opportunity for the trial judge's to convey his reservations regarding the credibility of the witnesses. The proper forum for a trial judge to express such comments in the context of a jury trial is in the charge to the jury.

It is evident from the trial judge's report submitted to the Court of Appeal that the trial judge directed himself to exclude any comment on the evidence from his charge to the jury. In his report, the trial judge stated:

I recall this trial very clearly. Were I sitting alone, I would not have found the accused guilty on the evidence at trial. I was of the view that a verdict of guilty would be an unsafe one and I would have said as much

été les commentaires figurant dans le rapport, la Cour d'appel aurait conclu que le verdict de culpabilité était déraisonnable en vertu de l'al. 686(1)a).

Il y avait certainement, dans le témoignage du plaignant et dans ceux des autres témoins, des éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait raisonnablement fonder un verdict de culpabilité. Un examen physique du plaignant, accepté par le juge du procès, a donné lieu à des conclusions compatibles avec les abus sexuels qu'il a décrits. En outre, comme notre Cour l'a indiqué dans les arrêts *R. c. W. (R.)*, précité, et *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, à la p. 54, les témoignages d'enfants ne devraient pas être évalués selon les normes applicables aux adultes. Il y a plutôt lieu d'adopter une position souple «fondée sur le bon sens». Puisque le juge du procès était convaincu que J.E. avait suffisamment de maturité pour être assermenté, et que son témoignage a été donné en détail, sans incohérences graves, pendant plus de deux heures, la Cour d'appel ne disposait pas de suffisamment d'éléments, si ce n'est le rapport du juge du procès, pour conclure que le verdict du jury était imprudent. Je conclus donc que la Cour d'appel a commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès pour ce motif.

C. *L'exposé du juge du procès au jury*

Même si j'ai conclu que c'est à tort, en l'espèce, que les commentaires du juge du procès ont été soumis à la Cour d'appel et que celle-ci les a pris en considération, cela ne laisse pas entendre que le juge du procès n'a pas eu l'occasion de faire part de ses réserves quant à la crédibilité des témoins. C'est dans l'exposé au jury qu'il convient qu'un juge du procès formule de tels commentaires dans le contexte d'un procès devant jury.

Il ressort clairement du rapport présenté par le juge du procès à la Cour d'appel que celui-ci s'est abstenu de faire des commentaires sur la preuve dans son exposé au jury. Dans son rapport, le juge du procès affirme:

[TRADUCTION] Je me souviens très bien de ce procès. Si j'avais entendu l'affaire seul, je n'aurais pas déclaré l'accusé coupable d'après la preuve produite au procès. J'estimais qu'il était imprudent de prononcer un verdict

to the jury if I thought it were proper for me to do so — bearing in mind the jury's function.

There were some improbabilities in the young complainant's testimony which concerned me and this, together with the evidence of the accused and the other defence witnesses, created a reasonable doubt in my mind.

Was the trial judge correct in excluding from the jury any comment on the evidence? The role of the trial judge in the charge to the jury is to assist it in its deliberations, but that assistance must fall short of supplanting the trial judge's view of the facts or the evidence for that of the jury. There is no evidence in this case that the trial judge was unmindful of the supporting nature of his role in the jury's fact-finding process. As the following passage from his charge indicates, the trial judge emphasized to the jury that they were the trier of fact:

... I may express some opinions on evidence, some opinions on witnesses. When I do that, I interfere in your area, but I only do it to assist you, and you disregard my remarks if you don't accept them. ... That's your job. That's your province.

You are the sole judges of the facts.

Although the scope of the trial judge's discretion to comment on evidence during a charge to the jury has never been precisely delineated, the case law does provide some guidance as to what a trial judge may and may not include in his or her charge. For example, in *R. v. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20, at p. 26, the Ontario Court of Appeal held, *per curiam*, that the trial judge had not erred in casting doubt on the credibility of the accused by posing, in his charge to the jury, a series of rhetorical questions designed to suggest a doubt to the jury regarding the accused's testimony. The court in that case elaborated the proper factors to consider in determining whether the trial judge had exceeded his or her discretion to offer a comment on the evidence in the charge to the jury:

de culpabilité et j'en aurais glissé un mot au jury si j'avais jugé opportun de le faire, eu égard à la fonction du jury.

Il y avait dans le témoignage du jeune plaignant certaines invraisemblances qui m'inquiétaient, ce qui, conjugué au témoignage de l'accusé et à ceux des autres témoins de la défense, a suscité un doute raisonnable dans mon esprit.

Le juge du procès a-t-il eu raison de ne pas faire au jury des commentaires sur la preuve? Dans son exposé au jury, le juge du procès a pour rôle d'assister le jury dans ses délibérations, mais cette assistance ne doit pas aller jusqu'à substituer sa propre opinion sur les faits ou la preuve à celle du jury. Rien ne prouve dans cette affaire que le juge du procès ne s'est pas soucié du concours qu'il a pour rôle d'apporter dans le processus de constatation des faits par le jury. Comme l'indique l'exposé qu'il a fait au jury, le juge du procès a souligné aux jurés qu'ils étaient juges des faits:

[TRADUCTION] ... je puis exprimer des opinions sur la preuve ou sur les témoins. Lorsque je le fais, je m'immisce dans votre domaine, mais je ne le fais que pour vous aider, et vous ignorez mes remarques si vous n'êtes pas d'accord avec elles [...] C'est votre tâche. C'est votre domaine.

Vous êtes les seuls juges des faits.

Bien que l'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de faire des commentaires sur la preuve dans son exposé au jury n'ait jamais été délimitée avec précision, la jurisprudence donne quelques indications sur ce que l'exposé du juge du procès au jury peut contenir ou non. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20, à la p. 26, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé collectivement que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en jetant un doute sur la crédibilité de l'accusé par la formulation, dans son exposé au jury, d'une série de questions rhétoriques destinées à laisser planer un doute dans l'esprit des jurés quant au témoignage de l'accusé. Dans cette affaire, la cour a énoncé les facteurs dont il convient de tenir compte pour déterminer si le juge du procès a excédé son pouvoir discrétionnaire de commenter la preuve dans l'exposé au jury:

While it might have been preferable for the trial judge to have avoided the rhetorical form of his comment, we cannot find that he transgressed upon his privilege. He made it abundantly clear throughout the charge that the jury were the judges of fact and should ignore his comments if they disagreed with him. It was a long and difficult trial and the trial judge was under an obligation to assist the jury in marshalling the evidence. Moreover, the comment appears to be warranted on the evidence and did not, in our opinion, deprive the accused of a fair presentation of his case. This court has held that we should not lightly interfere with the discretion of the trial judge to make fair comments on the evidence and the credibility of witnesses: *R. v. Newell*, [1941] O.W.N. 465, 77 C.C.C. 81 at 85-87, [1942] 1 D.L.R. 747 (C.A.).

When then does a trial judge exceed the discretion to offer a comment on the evidence to the jury? In *R. v. R. (D.J.)* (1991), 7 C.R. (4th) 300, the British Columbia Court of Appeal set aside a conviction on the grounds of an error by the trial judge in including comments on the credibility of a witness in his charge to the jury. The facts of that case are similar to the facts before us in the present appeal. The accused was alleged to have sexually assaulted the child of the woman with whom he was living. Credibility was, as it is here, the main factor in determining innocence or guilt of the accused. The jury had to choose between believing the evidence of the complainant (who was 13 at the time of trial and 11 at the time of the alleged incidents) and the evidence of the accused who had denied the allegations. In his charge, the trial judge offered the following comment on the complainant's testimony (at p. 324):

I must say with regard to the evidence of A, I was impressed with her demeanour as a witness and the manner in which she presented her evidence, and with her testimony, which I believed. That is my opinion, but as I have told you, it is for you to assess the evidence. You may reject my opinion, since the question of credibility is for you to decide.

The British Columbia Court of Appeal concluded that the trial judge in the above passage had gone

[TRANSLATION] Même s'il aurait pu être préférable que le juge du procès évite de faire ses commentaires sous une forme rhétorique, nous ne pouvons conclure qu'il a abusé de son privilège. Il a amplement et clairement indiqué, dans son exposé, que les jurés étaient juges des faits et qu'ils devaient ignorer ses commentaires s'ils n'étaient pas d'accord avec lui. Le procès a été long et ardu et le juge du procès était tenu d'aider le jury à rassembler les éléments de preuve. De plus, les commentaires semblent justifiés d'après la preuve et, à notre avis, ils n'ont pas privé l'accusé d'une présentation équitable de sa preuve. Notre cour a décidé que nous ne devrions pas empiéter à la légère sur le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de faire des commentaires équitables sur la preuve et sur la crédibilité de témoins: *R. c. Newell*, [1941] O.W.N. 465, 77 C.C.C. 81, aux pp. 85 à 87, [1942] 1 D.L.R. 747 (C.A.).

Mais alors quand le juge du procès excède-t-il le pouvoir discrétionnaire de faire au jury des commentaires sur la preuve? Dans l'affaire *R. c. R. (D.J.)* (1991), 7 C.R. (4th) 300, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé une déclaration de culpabilité pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en faisant des commentaires sur la crédibilité d'un témoin dans son exposé au jury. Les faits étaient similaires à ceux du présent pourvoi. On alléguait que l'accusé avait agressé sexuellement l'enfant de la femme avec qui il vivait. Comme en l'espèce, la crédibilité était le principal facteur à considérer pour déterminer l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. Le jury devait choisir entre ajouter foi au témoignage de la plaignante (qui était âgée de 13 ans à l'époque du procès et de 11 ans au moment où les incidents se seraient produits) et ajouter foi à celui de l'accusé, qui avait nié les allégations en cause. Dans son exposé au jury, le juge du procès a fait les commentaires suivants sur le témoignage de la plaignante (à la p. 324):

[TRANSLATION] Quant au témoignage de A, je dois dire que j'ai été impressionné par son comportement comme témoin; par sa façon de présenter sa preuve et aussi par sa déposition à laquelle j'ajoute foi. C'est mon opinion, mais comme je vous l'ai dit, il vous appartient d'apprécier la preuve. Vous pouvez rejeter mon point de vue car il vous incombe de trancher la question de la crédibilité.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le juge du procès était allé trop loin

too far and prejudiced the fairness of the trial. A new trial was ordered on the basis of that misdirection.

I agree that a trial judge must avoid expressing a view indicating that he or she either believes or disbelieves a particular witness. Though such a comment may be motivated by a desire to assist a jury, and notwithstanding the emphasis to the jury that they could disregard the opinion of the trial judge, it is fatal to the fairness of a trial for a trial judge to offer the jury a conclusion on evidence from which a finding of guilt or innocence would logically follow.

This raises a concern in my mind. After hearing all the evidence in this case, the trial judge genuinely believed a conviction to be unsafe. He could certainly not express this conclusion to the jury in his charge and still ensure the fairness of the trial. Prior to this Court's decision in *Mezzo, supra*, there was authority indicating that a trial judge who believed a conviction to be unsafe could direct the jury to enter a verdict of acquittal. However, the majority of this Court held in *Mezzo* that so long as there is any evidence upon which a jury may reasonably convict, the trial judge cannot exercise his or her discretion to direct such a verdict, irrespective of the judge's conclusion respecting the safety of a conviction in the circumstances of the case. It is thus understandable that the trial judge would wish to include his views in an *ex post facto* report to the Court of Appeal. After considering s. 682(1) of the *Code*, however, I have found that Parliament did not intend for the trial judge to intervene in the appellate process in such a fashion. Therefore, the trial judge is left with no forum for expressing his or her conclusion on the evidence or on the safety of a conviction. I find this result troubling.

However, while the trial judge was constrained in what he could convey to the jury in his charge, it was at least open to him during the course of his

dans le passage précité et qu'il avait nui à l'équité du procès. La tenue d'un nouveau procès a été ordonnée en raison de cette directive erronée.

Je conviens que le juge du procès doit s'abstenir d'émettre une opinion indiquant qu'il croit ou ne croit pas un témoin donné. Bien qu'un tel commentaire puisse être motivé par la volonté d'aider le jury et malgré que l'on ait souligné aux jurés qu'ils pouvaient ignorer l'opinion du juge du procès, le juge qui présente au jury une conclusion relative à la preuve dont pourrait découler logiquement une déclaration de culpabilité ou d'innocence porte un coup fatal à l'équité du procès.

Cela me laisse soucieux. Après avoir entendu l'ensemble de la preuve, le juge du procès a cru sincèrement qu'il serait imprudent de prononcer un verdict de culpabilité. Il ne pouvait certainement pas faire part de cette conclusion dans son exposé au jury et garantir en même temps l'équité du procès. Avant l'arrêt de notre Cour *Mezzo*, précité, des précédents indiquaient que le juge du procès qui croyait qu'il serait imprudent de prononcer un verdict de culpabilité pouvait donner comme directive au jury de rendre un verdict d'acquiescement. Cependant, notre Cour à la majorité a décidé dans l'arrêt *Mezzo* que, dans la mesure où il y a des éléments de preuve sur lesquels le jury peut raisonnablement fonder un verdict de culpabilité, le juge du procès ne peut pas exercer son pouvoir discrétionnaire de donner comme directive de prononcer un tel verdict, indépendamment de sa conclusion sur le danger que peut présenter une déclaration de culpabilité dans les circonstances de l'affaire. Il est donc compréhensible que le juge du procès ait voulu exprimer son point de vue dans un rapport présenté par la suite à la Cour d'appel. Toutefois, après avoir examiné le par. 682(1) du *Code*, j'ai conclu que le Parlement n'a pas voulu que le juge du procès intervienne ainsi dans le processus d'appel. Par conséquent, le juge du procès n'est plus en mesure de faire part de ses conclusions sur la preuve ou sur le danger que peut présenter une déclaration de culpabilité. Voilà qui est troublant.

Toutefois, même si le juge du procès était assujéti à certaines restrictions quant à ce qu'il pouvait transmettre au jury dans son exposé, il aurait au

remarks to the jury to have indicated that, in his view, the jury should proceed cautiously in assessing the evidence of the complainant. In order to determine if the trial judge properly exercised this discretion to comment on the evidence to the jury, it is helpful at this juncture to examine the portion of the trial judge's charge pertaining to the testimony of J.E.:

Now, [J.E.]'s evidence is that of a 13-year-old boy. Now, you are not inexperienced with life. You have dealt with children. You have dealt with adults. Don't leave your common sense at home when you are assessing this child's evidence. You are called because of your collective wisdom and experience in dealing with people and assessing facts. Use that in deciding who you are going to believe in this case, what you are going to do with the evidence, and how you are going to weigh it.

Now, I questioned [J.E.], as you saw, before he took the oath. I asked him some questions about whether or not he understood the nature of an oath and whether or not he was able to communicate answers to questions on a fairly intelligent basis. You saw him answer the questions. You saw him deal with them. You also saw him answer and heard him answer questions from both counsel for quite a period of time.

Now, he is a 13-year-old boy, and he has had not a nice life. You can't punish the accused because he hasn't had a good life, unless you are satisfied it was the accused who perpetrated the acts of anal intercourse alleged by [J.E.]. You can't punish the accused because you have sympathy for the child, nor can you acquit the accused because you just feel sorry for him. You have got to deal with the evidence honestly.

Now, a 13-year-old boy is giving evidence of what happened when he was five and a half and just about the time of his sixth birthday. Now, when you are dealing with a child, I don't — I'm going to just point this out to you. In assessing his evidence, I want you to consider the questions and answers that I dealt with in deciding whether or not he should take the oath and be sworn; take into account he was 13 years of age when he gave evidence; take into account when he was five and almost six and six when the incidents occurred.

I noticed you watching him carefully at all times. He is talking about events which occurred when he was

moins pu indiquer qu'à son avis le jury devait faire preuve de prudence en appréciant le témoignage du plaignant. Pour décider si le juge du procès a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire de faire au jury des commentaires sur la preuve, il est utile, à ce stade, d'examiner le passage de l'exposé qui a trait au témoignage de J.E.:

[TRADUCTION] Le témoignage de [J.E.] est celui d'un garçon de 13 ans. Vous avez l'expérience de la vie. Vous avez déjà traité avec des enfants. Vous avez déjà traité avec des adultes. Utilisez votre bon sens au moment d'apprécier le témoignage de cet enfant. Vous êtes ici en raison de votre sagesse et de votre expérience collectives pour ce qui est de traiter avec des gens et d'évaluer des faits. Servez-vous en pour décider qui croire en l'espèce, ce que vous allez faire avec la preuve et quel poids vous allez lui accorder.

Vous l'avez vu, j'ai interrogé [J.E.] avant qu'il prête serment. Je lui ai posé quelques questions pour savoir s'il comprenait la nature du serment et s'il était en mesure de répondre de façon vraiment intelligente aux questions posées. Vous l'avez vu répondre. Vous avez vu comment il se comportait lorsqu'il était interrogé. Vous l'avez également vu et entendu répondre aux questions posées par les deux avocats pendant une période de temps assez longue.

Il s'agit d'un garçon de 13 ans qui n'a pas eu la vie facile. Vous ne pouvez punir l'accusé parce que ce garçon n'a pas eu la vie facile, à moins d'être convaincus que l'accusé a eu les relations sexuelles anales que dénonce [J.E.]. Vous ne pouvez punir l'accusé parce que vous avez de la sympathie pour l'enfant pas plus que vous ne pouvez l'acquitter parce qu'il vous fait pitié. Il vous faut examiner la preuve honnêtement.

Un garçon de 13 ans témoigne sur des événements survenus au moment où il avait cinq ans et demi et à peu près à l'époque de son sixième anniversaire de naissance. Lorsque vous avez affaire à un enfant, je ne — je vais seulement vous dire ceci. En appréciant son témoignage, je veux que vous teniez compte des questions que j'ai posées au plaignant et des réponses que j'ai obtenues lorsque j'ai eu à décider s'il fallait lui faire prêter serment. Tenez compte du fait qu'il était âgé de 13 ans lorsqu'il a témoigné; tenez compte du fait qu'il était âgé de cinq ans et de presque six ans, et de six ans, lorsque les incidents sont survenus.

J'ai remarqué que vous l'aviez en tout temps observé attentivement. Il a relaté des événements qui se sont pro-

five, and there are frailties or sometimes difficulties with the child's evidence because of his mental immaturity. There are four reasons I consider, and you may consider. You don't have to, because as I say, this is in your area, and I am relying on your experience dealing with people, and you are not relying on mine, nor is the accused.

There are four areas of concern: his capacity to observe things at five years old and to tell you about them at 13; his capacity to recollect things when he was five, and his capacity to tell you about them when he is 13 and to recollect them and bring them back; his ability to understand the questions that were put to him and to frame and give intelligent answers; and fourthly, his moral responsibility as a child of 13 talking about events which occurred when he was five. Those are points you may wish to consider when you assess his evidence.

Again, you may wish to consider, as put by Miss Hamilton and the Crown, what is the motive for him blaming [A.W.E.]? I think it's something you have to consider is why he didn't reveal [A.W.E.]'s name initially, and a few days later he did reveal [A.W.E.]'s name. That's in 1985, long after the event. At that time [A.W.E.] was not with [J.E.]. That was the period of separation time when the child was in Armstrong, B.C., living away from [A.W.E.].

Now, the evidence of [J.E.] is specific and very specific about these two incidents. He also is very specific about some other incidents relating to the fire, relating to the camper, relating to the broken leg, relating to the cut on his nose by his mother with a large knife, in relation to kicking the football and hitting somebody in the face with it — or soccer ball.

Those incidents were also referred to in some areas by other witnesses, and there was a difference, perhaps, in the way each one of them saw the incident, and perhaps, for example, the incident as described by [J.E.] of the broken leg may be considered by you as how he recollected things happening in those times as compared to the incident as explained by the accused or explained by [L.E.] or explained by [W.E.], his children. Now that may assist you in trying to ascertain what weight to be given to [J.E.]'s evidence and how to look at it.

duits lorsqu'il avait cinq ans et son témoignage présente des faiblesses ou suscite parfois des difficultés en raison de son immaturité intellectuelle. Il y a quatre éléments que je prends en considération et que vous pouvez prendre en considération. Vous n'êtes pas obligés de le faire parce que, comme je l'ai dit, cela relève de vous. Je m'en remets à votre expérience des gens, et vous ne vous fiez pas à la mienne et l'accusé non plus.

Il y a quatre sujets de préoccupation: son aptitude à observer des choses à cinq ans et à vous les relater à 13 ans; son aptitude à se rappeler d'incidents survenus alors qu'il avait cinq ans et son aptitude à vous les raconter à 13 ans, à s'en souvenir et à les rappeler à sa mémoire; son aptitude à comprendre les questions qui lui ont été posées et à formuler des réponses intelligentes; enfin, sa responsabilité morale en tant qu'enfant de 13 ans qui parle d'événements survenus lorsqu'il avait cinq ans. Ce sont les points que vous voudrez peut-être prendre en considération lorsque vous apprécierez son témoignage.

Encore une fois, vous voudrez peut-être vous demander, comme l'ont dit M^e Hamilton et le ministère public, quel motif l'a poussé à blâmer [A.W.E.]. Je pense que vous devez vous demander pourquoi il n'a pas mentionné le nom de [A.W.E.] dans un premier temps, et pourquoi il ne l'a fait que quelques jours plus tard. Ceci se passe en 1985, bien longtemps après les événements en question. À cette époque, [A.W.E.] n'était pas avec [J.E.]. Il s'agit de la période de séparation pendant laquelle l'enfant vivait à Armstrong (C.-B.), loin de [A.W.E.].

Le témoignage de [J.E.] est précis, très précis, sur ces deux incidents. [J.E.] est également très précis au sujet de certains autres incidents concernant l'incendie, la caravane, la jambe brisée, la coupure sur le nez infligée par sa mère avec un long couteau, le coup de pied sur le ballon de football (ou de soccer) qui a atteint quelqu'un au visage.

Ces incidents ont également été évoqués en partie par d'autres témoins, et il y avait une différence, peut-être, dans la façon dont chacun d'eux a perçu l'incident, et peut-être, par exemple, voudrez-vous retenir la description que donne [J.E.] de l'incident de la jambe brisée, comme illustrant la façon dont il se rappellerait comment les choses se sont passées à l'époque, comparativement à l'explication de l'incident donnée par l'accusé ou encore par ses enfants [L.E.] ou [W.E.]. Cela peut vous aider à déterminer quel poids il faut accorder au témoignage de [J.E.] et comment il faut l'envisager.

I find no suggestion in this detailed appraisal of the complainant's testimony that the trial judge believed this testimony should be approached with any added caution. The Court of Appeal took a similar view of the charge, as the following passage at pp. 221-22 indicates: "Credibility was clearly a big issue. The charge to the jury was quite favourable to the accused in certain respects. But it said nothing about any dangers in the Crown's case, and said nothing to suggest that the complainant's evidence lacked weight."

With respect, I find that the learned trial judge erred in law by withholding such a caution from the jury. The discretion of a trial judge to comment on evidence in his or her charge to the jury is well established: see *Steinberg v. The King*, [1931] S.C.R. 421. Where such comment is offered, and so long as the trial judge emphasizes to the jury that they remain at liberty to disagree with his or her view, I believe the ability of the jury to arrive at a just verdict is enhanced.

In cases where, as here, the ultimate verdict will rest to a large extent on the credibility of the complainant, the comments of the trial judge become all the more helpful to a jury. Such cases also, however, call for added prudence on the part of the trial judge to ensure the primacy of the jury as the trier of fact is not compromised. Although the trial judge could not go so far as to assert that he disbelieved the complainant's testimony, or that he believed the testimony of the defence witnesses, the trial judge could at least have suggested to the jury to proceed with caution in assessing the testimony of the complainant. His failure to properly exercise this discretion came to light as a result of his report to the Court of Appeal.

Even though the trial judge's report was invalid for the reasons set out above, I adopt the view of Locke J. (dissenting) in *Ungaro, supra*, at p. 444, when he stated that "[i]f the report should indicate that the trial judge has proceeded upon a wrong principle, it is manifest that the judgment might

Rien dans cette appréciation détaillée du témoignage du plaignant ne me donne à penser que le juge du procès croyait qu'il y avait lieu de redoubler de prudence en abordant ce témoignage. La Cour d'appel a perçu de manière similaire l'exposé du juge, comme l'indique le passage suivant, aux pp. 221 et 222: [TRADUCTION] «La question de la crédibilité était nettement importante. L'exposé au jury était très favorable à l'accusé à certains égards. Mais il ne disait rien au sujet de quelque danger que ce soit que pouvait présenter la preuve du ministère public, pas plus qu'il ne laissait entendre que le témoignage du plaignant manquait de poids.»

En toute déférence, je conclus que le juge du procès a commis une erreur de droit en s'abstenant de faire cette mise en garde au jury. Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de faire des commentaires sur la preuve dans son exposé au jury est bien établi: voir l'arrêt *Steinberg c. The King*, [1931] R.C.S. 421. Lorsque de tels commentaires sont faits et dans la mesure où le juge du procès souligne aux jurés qu'ils demeurent libres de rejeter son opinion, je crois que la capacité du jury de rendre un verdict équitable se trouve accrue.

Dans les affaires où, comme en l'espèce, le verdict final dépend dans une large mesure de la crédibilité du plaignant, les commentaires du juge du procès sont d'autant plus utiles au jury. Cependant, dans de tels cas, il faut aussi que le juge du procès redouble de prudence pour assurer que le rôle prééminent du jury à titre de juge des faits ne soit pas compromis. Même si le juge du procès ne pouvait aller jusqu'à affirmer qu'il n'ajoutait pas foi au témoignage du plaignant ou qu'il croyait les témoins de la défense, il aurait pu au moins recommander la prudence au jury dans l'appréciation du témoignage du plaignant. L'exercice incorrect de son pouvoir discrétionnaire a été mis en lumière par le rapport qu'il a présenté à la Cour d'appel.

Même si le rapport du juge du procès est invalide pour les motifs énoncés précédemment, je souscris à l'opinion exprimée par le juge Locke (dissident) dans l'arrêt *Ungaro*, précité, à la p. 444: [TRADUCTION] «[s]il ressort du rapport que le juge du procès a appliqué un principe erroné, il est évi-

properly be set aside, even though reasons given at the time of delivering it indicated no such irregularity." Thus, while the charge to the jury appears sound on its own, when it is read together with the subsequent trial judge's report accepted by the Court of Appeal, it becomes clear that the trial judge misdirected himself in his charge to the jury. This is an error of law which cannot be ignored.

D. Application of the Curative Provision Under Section 686(1)(b)(iii)

As I have found that the trial judge erred in law by not instructing the jury on his comments regarding credibility, I must now assess whether this error can now be cured under s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*.

In *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, I had opportunity to review the authorities on the proper test to be applied by appellate courts in exercising their curative discretion. Writing for the majority on this question, I expressed the test to be applied under s. 686(1)(b)(iii) in the following terms (at p. 706):

I therefore approach the question of whether this is a case in which the proviso of s. 686(1)(b)(iii) should be applied by asking whether, if the jury had been properly instructed, the verdict of guilty would necessarily have been the same in the sense that any other verdict would have been unreasonable or not supported by the evidence. This exercise must be conducted with respect for the function of the jury, whose role it is to determine what evidence of which witnesses they accept, the weight it should be accorded and, in the final analysis, whether there exists a reasonable doubt about the guilt of the accused.

In approaching the question in this case, it is essential to bear in mind that, in the final analysis, the case turned on questions of credibility. Depending on what evidence was accepted, there certainly could have been ample evidence upon which a jury properly instructed could convict on the charges upon which this jury convicted the accused. However, verdicts of acquittal on all counts on the trial record as it stands would, in my respectful

dent que le jugement pourrait être annulé à bon droit, même si les motifs ne révélaient pas cette irrégularité au moment où le jugement a été prononcé.» Ainsi, même si l'exposé du juge semble judicieux en soi, lorsqu'il est lu conjointement avec le rapport subséquent du juge du procès, que la Cour d'appel a accepté, il devient évident que le juge du procès s'est fourvoyé dans son exposé au jury. Il s'agit là d'une erreur de droit qui ne saurait être passée sous silence.

D. Application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii)

Étant donné que j'ai conclu que le juge du procès a commis une erreur de droit en ne donnant pas de directives au jury au sujet de ses commentaires relatifs à la crédibilité, je dois maintenant déterminer si cette erreur peut être réparée par l'application du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code*.

Dans l'arrêt *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, j'ai eu l'occasion d'examiner la jurisprudence relative au critère que les tribunaux d'appel doivent appliquer pour exercer leur pouvoir discrétionnaire de réparation. Au nom de la majorité, j'ai formulé ainsi le critère qui doit être appliqué en vertu du sous-al. 686(1)b)(iii) (à la p. 706):

Pour déterminer s'il y a lieu en l'espèce d'appliquer le sous-al. 686(1)b)(iii), il faut donc se demander si un jury ayant reçu des directives appropriées aurait nécessairement rendu le même verdict de culpabilité en ce sens que tout autre verdict aurait été déraisonnable ou n'aurait pu s'appuyer sur la preuve. Cela doit se faire en toute déférence pour la fonction de jury qui consiste à déterminer quelles dépositions de quels témoins il accepte, quel poids il y a lieu de leur accorder et, en définitive, s'il existe un doute raisonnable au sujet de la culpabilité de l'accusé.

En abordant cette question ici, il est essentiel de se rappeler que l'affaire reposait en définitive sur des questions de crédibilité. Tout dépendant des éléments de preuve qui ont été acceptés, il aurait certainement pu exister une preuve suffisante pour qu'un jury, ayant reçu les directives appropriées, prononce un verdict de culpabilité relativement aux accusations au sujet desquelles le présent jury a déclaré l'accusé coupable. Toutefois, des verdicts d'acquittal relatifs à tous les chefs d'accusation figurant dans le dossier d'instruction ne seraient

view, not be susceptible to be set aside as being unreasonable.

I would apply the same approach in the present case. What is distinctive about this case, however, is that the error of the trial judge did not deprive the jury of evidence, *per se*, but rather of comment on the evidence. Nevertheless, had the trial judge not misdirected himself with respect to the ambit of his charge to the jury, given the centrality of credibility to the verdict, it is not possible to say that a properly instructed jury would necessarily have convicted. Therefore, I do not find this case to be an appropriate one in which to invoke s. 686(1)(b)(iii).

E. *The Discrepancy Between the Law at the Time of Trial and the Law at the Time of the Offence*

There is one final issue to resolve. It concerns the discrepancy between the laws in force at the time of trial and the law in force at the time of the alleged offences. The incidents in question took place in 1983. The trial took place in 1990. Initially, Côté J.A. indicated that he preferred not to deal with this question, stating at p. 222: "That issue would involve some extremely intricate legal issues of statutory retroactivity, and of jury charges on the amount of evidence. For reasons which emerge below, there is no need to go into them now."

After finding a new trial to be required based on the unsafeness of the verdict, Côté J.A. raised the issue of the discrepancy between the old law of buggery and the new law of anal intercourse, which replaced the buggery provision in 1988 (S.C. 1987, c. 24, s. 3, enacting s. 154(1), now s. 159(1)). Côté J.A. noted that the accused was therefore charged with an offence, anal intercourse, which did not exist at the time of the alleged incidents. Neither the Crown nor the defence disputed that the old offence of buggery

pas, à mon avis, susceptibles d'être annulés pour le motif qu'ils sont déraisonnables.

Je procéderaï de la même façon en l'espèce. Le cas qui nous occupe, toutefois, a ceci de particulier que l'erreur du juge du procès n'a pas eu pour effet de priver le jury de la preuve comme telle, mais plutôt de commentaires concernant la preuve. Néanmoins, si le juge du procès ne s'était pas fourvoyé sur la portée de son exposé au jury, étant donné l'importance fondamentale de la crédibilité en ce qui concerne le verdict, il n'est pas possible de dire qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait nécessairement prononcé une déclaration de culpabilité. Par conséquent, je conclus qu'il ne convient pas en l'espèce d'invoquer le sous-al. 686(1)(b)(iii).

E. *La différence entre les dispositions législatives en vigueur à l'époque du procès et celles en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction*

Il reste une dernière question à régler. Il s'agit de la différence entre les dispositions législatives en vigueur à l'époque du procès et celles qui étaient en vigueur au moment où auraient été commises les infractions. Les incidents en question se sont produits en 1983. Le procès a eu lieu en 1990. Tout d'abord, le juge Côté de la Cour d'appel a déclaré qu'il préférerait ne pas examiner ce point, affirmant, à la p. 222, qu'il [TRADUCTION] «souleverait certaines questions juridiques extrêmement complexes concernant la rétroactivité des lois et l'exposé du juge sur l'importance de la preuve. Pour les motifs qui ressortent plus loin, il n'y a pas lieu de les aborder maintenant».

Après avoir conclu à la nécessité d'ordonner un nouveau procès en raison du danger que présentait le verdict, le juge Côté a soulevé la question de la différence entre l'ancienne disposition relative à la sodomie et la nouvelle qui traite des relations sexuelles anales et qui est venue remplacer en 1988 la disposition relative à la sodomie (L.C. 1987, ch. 24, art. 3, adoptant le par. 154(1), maintenant le par. 159(1)). Le juge Côté a fait remarquer que l'accusé était donc inculpé d'une infraction (relations sexuelles anales) qui n'existait pas

and the new offence of anal intercourse are essentially identical. Côté J.A., in considering this question, stated the following (at p. 224):

Obviously a person cannot be convicted of what was not a crime at the time he acted, and nothing in the *Criminal Code* or its amendments purports to provide otherwise. Indeed, the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 43, provides rather the contrary: if an offence is repealed, someone who has committed it may still be prosecuted for the old offence.

For the reasons given, the defect does not go to the heart of the charge. There are no limitation periods for indictable offences. I see no benefit to anyone in doing anything which would in effect send the matter back for a new information, preliminary hearing, and indictment. Though the accused cannot be tried on the indictment as it now stands, I would give the Crown leave, if it wishes, to amend the indictment to allege buggery instead of anal intercourse. The other particulars should not be changed.

The change in the laws of evidence between the time of the alleged incidents and the time of trial, however, apparently continued to trouble the court, as indicated by the following holding (at pp. 224-25):

I doubt that that change of offence is in substance more than a change of name in this case, or that it will make any practical difference to the accused. However, the procedural and evidentiary law can be complex, given the thicket of amendments to the law relating to sexual offences in Canada in the last generation. I may have missed something. If the accused can find any factual, legal or procedural arguments triggered by the old offence or by the change of offence, he should at least have the right to make answer and defence using them. He had no such chance at his first trial. That is an independent ground for quashing the conviction and ordering a new trial.

au moment où les incidents se seraient produits. Ni le ministère public ni la défense n'ont contesté le fait que l'ancienne infraction de sodomie et la nouvelle infraction des relations sexuelles anales sont essentiellement identiques. En examinant cette question, le juge Côté déclare ce qui suit (à la p. 224):

[TRADUCTION] Il est évident qu'une personne ne saurait être déclarée coupable d'un crime qui n'existait pas lorsqu'elle a commis les actes reprochés, et rien dans les dispositions du *Code criminel* ou les modifications qui y ont été apportées n'est censé prévoir le contraire. En fait, l'art. 43 de la *Loi d'interprétation fédérale*, L.R.C. (1985), ch. I-21, stipule précisément le contraire: l'auteur d'une infraction abrogée peut toujours être poursuivi pour avoir commis cette ancienne infraction.

Pour les raisons exposées, le défaut ne touche pas au cœur de l'accusation. Il n'y a pas de prescription pour les actes criminels. Selon moi, personne n'a avantage à faire quoi que ce soit qui aurait pour effet de ramener l'affaire au point où il serait nécessaire de faire une nouvelle dénonciation, une enquête préliminaire et une mise en accusation. Bien que l'accusé ne puisse être jugé sur la base de l'acte d'accusation tel qu'il est rédigé actuellement, j'autoriserais le ministère public, s'il le désire, à le modifier pour substituer le crime de sodomie à celui de relations sexuelles anales. Les autres détails devraient demeurer inchangés.

Cependant, les modifications apportées aux règles de la preuve entre le moment où auraient eu lieu les incidents et la date du procès, ont apparemment continué à préoccuper la cour, comme l'indique la conclusion suivante (aux pp. 224 et 225):

[TRADUCTION] Je doute que cette substitution d'infraction représente, pour l'essentiel, plus qu'un changement de nom en l'espèce et qu'elle fasse une différence pratique pour l'accusé. Cependant, les règles de procédure et de preuve peuvent être complexes, étant donné l'enchevêtrement des modifications apportées aux dispositions relatives aux infractions d'ordre sexuel au Canada au cours de la dernière génération. Quelque chose peut m'avoir échappé. Si l'accusé peut faire valoir un moyen fondé sur les faits, le droit ou la procédure auquel donne ouverture l'ancienne infraction ou la substitution d'infraction, il devrait au moins avoir le droit de l'invoquer pour assurer sa défense. Il n'a pas eu cette possibilité à son premier procès. Il s'agit d'un motif indépendant d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

Was the Court of Appeal correct in ordering a new trial on this basis? Turning first to the discrepancy as to which evidentiary law applies, this matter can be easily resolved. Prior to its repeal in 1988 (S.C. 1987, c. 24, s. 15), s. 586 of the 1970 *Criminal Code* required corroboration before the unsworn evidence of a child complainant could be adduced. Those same amendments to the *Criminal Code* removed the requirement at common law that any uncorroborated evidence by the complainant be accompanied by a caution from the trial judge (S.C. 1987, c. 24, s. 11). In the present case, the trial judge accepted the uncorroborated evidence of J.E. based on the law in force at the time of trial, and was, I find, correct in so doing. It is the law of evidence at the time of trial that prevails. Indeed, this Court has held that the enactment of a new law with respect to evidentiary questions may validly have retrospective application: see *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311.

With respect to the discrepancy in the naming of the offence in the indictment, this matter may also be easily settled. In *R. v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845, Cory J., writing for the Court, held that where the only defect in an indictment is the naming of the wrong offence, the error would render the indictment voidable but not void, as the two offences in that case were virtually identical. The same is true in this instance, and the same reasoning applies. I would therefore affirm the Court of Appeal's order granting the Crown leave to amend the indictment accordingly should the Crown proceed with a new trial. However, I can see no "factual, legal or procedural argument triggered by the old offence or by the change of offence" which would affect the outcome of a new trial. Thus, I respectfully disagree with the Court of Appeal that the difference between the laws at the time of trial and the laws at the time of the offence constituted

La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'ordonner un nouveau procès pour ce motif? En ce qui concerne d'abord la divergence quant aux règles de preuve applicables, il est facile de régler cette question. Avant son abrogation en 1988 (L.C. 1987, ch. 24, art. 15), l'art. 586 du *Code criminel* de 1970 exigeait que le témoignage non rendu sous serment d'un plaignant enfant soit corroboré avant de pouvoir être présenté en preuve. Ces mêmes modifications du *Code criminel* ont également supprimé l'exigence prévue par la common law, que le témoignage non corroboré du plaignant soit accompagné d'une mise en garde du juge du procès (L.C. 1987, ch. 24, art. 11). En l'espèce, le juge du procès a accepté le témoignage non corroboré de J.E. en se fondant sur le droit en vigueur à l'époque du procès, et j'estime qu'il a eu raison de le faire. Ce sont les règles de preuve en vigueur à l'époque du procès qui s'appliquent. En fait, notre Cour a décidé que l'adoption d'une nouvelle règle en matière de preuve peut valablement s'appliquer rétroactivement: voir *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311.

Quant à la divergence liée au nom de l'infraction dans l'acte d'accusation, cette question aussi peut être facilement réglée. Dans l'arrêt *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845, le juge Cory, s'exprimant au nom de la Cour, a décidé que lorsque le seul vice entachant un acte d'accusation consistait à avoir nommé la mauvaise infraction, l'erreur commise rendait l'acte d'accusation susceptible d'annulation et non pas nul, étant donné que les deux infractions dans cette affaire étaient pratiquement identiques. Il en va de même en l'espèce et le même raisonnement s'applique. Je confirmerais donc l'ordonnance de la Cour d'appel autorisant le ministère public à modifier l'acte d'accusation en conséquence si jamais il décide de tenir un nouveau procès. Cependant, je ne puis voir aucun «moyen fondé sur les faits, le droit ou la procédure auquel donne ouverture l'ancienne infraction ou la substitution d'infraction» qui influencerait sur l'issue d'un nouveau procès. Ainsi, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la différence entre les dispositions législatives en vigueur à l'époque du procès et celles qui étaient en vigueur à l'époque de la perpétration de

independent grounds for the ordering of a new trial.

V. Disposition

I would dismiss the appeal, and for the reasons outlined above, order a new trial.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

CORY J. — I have read with great interest the excellent reasons of the Chief Justice. Unfortunately, I have come to a different conclusion with regard to the use that can be made of the trial judge's report and whether the charge to the jury was in error.

Facts

In addition to the facts set out by the Chief Justice I would observe that it can be readily inferred from the medical evidence that the complainant was indeed sexually assaulted. The real issue in the case was by whom. Indeed this was the position taken by the defence at trial, where it was argued that the assault was more likely to have been committed by the natural father of the complainant than the respondent.

The Trial Judge's Report

It may be convenient to set out here the section of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, providing for judge's reports. Section 682(1) is as follows:

682. (1) Where, under this Part, an appeal is taken or an application for leave to appeal is made, the judge or provincial court judge who presided at the trial shall, at the request of the court of appeal or a judge thereof, in accordance with rules of court, furnish it or him with a report on the case or on any matter relating to the case that is specified in the request.

It can be seen that a report of a trial judge should only be made at the request of the Court of

l'infraction constitue un motif indépendant d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

V. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et, pour les motifs qui précèdent, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE CORY — J'ai lu avec un vif intérêt les excellents motifs du Juge en chef. Malheureusement, j'arrive à une conclusion différente en ce qui concerne l'utilisation qui peut être faite du rapport du juge du procès et la question de savoir si l'exposé au jury était erroné.

Les faits

Outre les faits exposés par le Juge en chef, je ferais observer que l'on peut déduire sans difficulté de l'expertise médicale que le plaignant a vraiment été agressé sexuellement. En l'espèce, la véritable question était de savoir par qui il l'a été. En fait, il s'agit du point de vue adopté par la défense au procès où on a soutenu qu'il était plus probable que l'auteur de l'agression soit le père naturel du plaignant que l'intimé.

Le rapport du juge du procès

Il peut être utile d'énoncer ici la disposition du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui traite de la présentation d'un rapport par le juge. Le paragraphe 682(1) est ainsi rédigé:

682. (1) Lorsque, sous le régime de la présente partie, un appel est interjeté ou une demande d'autorisation d'appel est faite, le juge ou juge de la cour provinciale qui a présidé au procès doit, à la demande de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, en conformité avec les règles de cour, fournir à ce tribunal ou à ce juge, un rapport portant sur la cause ou sur toute matière s'y rattachant que la demande spécifie.

Il ressort que le juge du procès ne devrait présenter un rapport que si la cour d'appel lui

Appeal. Such a request should in my opinion be rarely made.

As the Chief Justice pointed out, the section originated at a time when there was seldom a transcript made of the trial proceedings. It was thus essential that the Court of Appeal have access to the judge's notes of those proceedings. That situation no longer exists. A complete transcript of all court proceedings is now routinely available to the Courts of Appeal. Further it has been emphasized by this Court that the accused should be present throughout the entire trial. See *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; and *Vézina v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2. This in turn means that there will be a transcript of every aspect of the case. It is on the basis of that record that the decision of the Court of Appeal should be made. It is apparent that to a large extent s. 682(1) is a historical anachronism.

As a general rule the trial judge's report introduces an element of unfairness into the appeal procedure. The trial judge is being requested to give his or her subjective view of what transpired. With the very best of intentions the trial judge may subconsciously be influenced to write a report which justifies decisions made and actions taken during the course of the trial. It will be very difficult if not impossible for counsel opposed to the view of events taken by the trial judge to argue against the judge's version. Further the request puts a trial judge in an embarrassing if not invidious position. Is the trial judge to be encouraged to report that in his view the decision of the jury was unsafe? There is an obvious danger in taking that position. First the immediate response is why then bother with a jury if the judge can override its verdict by means of a report? Secondly, what if the situation presented in this case were reversed and the jury had acquitted despite the trial judge's strongly held views that there should have been a conviction? In those circumstances should the

demande de le faire. À mon avis, cette demande ne devrait être formulée qu'en de rares occasions.

Comme l'a fait remarquer le Juge en chef, cette disposition a été conçue à une époque où les procédures de première instance faisaient rarement l'objet d'une transcription. Il était donc essentiel que le tribunal d'appel ait accès aux notes prises par le juge relativement à ces procédures. Il en va autrement aujourd'hui. Une transcription complète de toutes les procédures judiciaires est désormais systématiquement soumise aux tribunaux d'appel. De plus, notre Cour a souligné que l'accusé devrait être présent pendant toute la durée du procès. Voir les arrêts *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, et *Vézina c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2. Cela signifie que chaque aspect d'une affaire fera l'objet d'une transcription. C'est en fonction de ce dossier que la cour d'appel devrait rendre sa décision. Il appert dans une large mesure que le par. 682(1) est un anachronisme historique.

En règle générale, le rapport du juge du procès introduit un élément d'injustice dans la procédure d'appel. On lui demande d'exposer son opinion subjective sur ce qui s'est passé au procès. Même avec les meilleures intentions du monde, le juge du procès peut inconsciemment être amené à rédiger un rapport justifiant les décisions et les mesures prises au cours du procès. Il sera très difficile, voire impossible, de réfuter cette version pour l'avocat en désaccord avec la perception des événements qu'a le juge du procès. De plus, la demande de rapport place le juge du procès dans une situation embarrassante, pour ne pas dire déplaisante. Faut-il encourager le juge du procès à signaler qu'à son avis la décision du jury est imprudente? Il est évident qu'il est risqué d'adopter ce point de vue. Premièrement, la question qui nous vient immédiatement à l'esprit est de savoir pourquoi alors s'embarrasser d'un jury si le juge peut passer outre à son verdict au moyen d'un rapport? Deuxièmement, qu'arriverait-il si la situation en l'espèce était inversée et que le jury avait prononcé un acquittement en dépit du point de vue bien arrêté du juge du procès selon lequel il y aurait dû y avoir un verdict de culpabilité? Dans

report of the trial judge requested by the Court of Appeal have an influence upon the decision?

To request the report, as a general rule, is to encourage a situation fraught with the possibilities of unfairness. It is only in those rare situations where something occurred which is not reflected in the record and upon which opposing counsel cannot agree that a report from a trial judge might be requested. For example, a desire for comments with regard to the demeanour of a witness should not justify a request for a report. The assessment of the demeanour of a witness should fall within the exclusive domain of the jurors as the triers of the facts. Indeed jurors are routinely instructed at the opening of a criminal trial that they should closely observe the demeanour of the witnesses during the course of the trial. To ask for a trial judge's comment to the Court of Appeal on this issue would I think be superfluous and improper.

It follows that I do not think that there should be a standing request from Courts of Appeal to trial judges to routinely make a report. As the Chief Justice has pointed out, if the Court of Appeal issues a general invitation to trial judges to submit reports, that would be tantamount to restoring the predecessor of s. 682(1). Rather, as I have said, the request should be made only in those rare circumstances where something has occurred which is not reflected on the record upon which opposing counsel cannot agree. In those rare cases, trial counsel ought probably to be afforded an opportunity to appear before the trial judge in order to make submissions with regard to the requested report. Further, when the report is made, copies should be provided to counsel appearing on the appeal so that they may make representations with respect to it.

In this case the unsolicited report of the trial judge should not have been considered by the Court of Appeal. It pertained exclusively to evidence already in the record of the trial which was before the Court of Appeal. The report expressed the opinion of the trial judge that the verdict of the

ces circonstances, le rapport du juge du procès, demandé par le tribunal d'appel, devrait-il influencer sur la décision?

Demander le rapport, à titre de règle générale, revient à favoriser une situation pleine de risques d'injustice. Un rapport ne pourrait être demandé que dans les rares cas où il s'est produit un événement qui ne ressort pas du dossier et à propos duquel les avocats adverses ne peuvent s'entendre. Par exemple, le désir d'obtenir des commentaires au sujet du comportement d'un témoin ne devrait pas justifier une demande de rapport. L'appréciation du comportement d'un témoin devrait relever exclusivement des jurés à titre de juges des faits. D'ailleurs, à l'ouverture d'un procès criminel, les jurés se font systématiquement donner comme directive d'observer attentivement le comportement des témoins pendant le procès. Il serait superflu et déplacé, à mon avis, de demander à un juge du procès de faire part de ses commentaires à la cour d'appel à ce sujet.

Je ne pense donc pas qu'il y a lieu pour les tribunaux d'appel de demander constamment aux juges du procès de présenter systématiquement un rapport. Comme le Juge en chef l'a souligné, une invitation générale, faite aux juges du procès par le tribunal d'appel, à produire des rapports reviendrait à rétablir la disposition qui a précédé le par. 682(1). Comme je l'ai dit, la demande ne devrait plutôt être formulée que dans les rares cas où il s'est produit un événement qui ne ressort pas du dossier et à propos duquel les avocats adverses ne peuvent s'entendre. Dans ces rares cas, les avocats des parties au procès devraient probablement avoir la possibilité de se présenter devant le juge du procès pour soumettre des arguments au sujet du rapport demandé. De plus, lorsque le rapport est fait, des copies devraient être fournies aux avocats plaissant en appel de façon à leur permettre de formuler des observations à son sujet.

En l'espèce, le rapport non sollicité du juge du procès n'aurait pas dû être pris en considération par la Cour d'appel. Il avait trait exclusivement à la preuve déjà versée au dossier du procès dont était saisie la Cour d'appel. Le rapport faisait état de l'opinion du juge du procès selon laquelle le

jury was unsafe. Yet it is the jury's verdict which must prevail over the trial judge's opinion. Unless there was no evidence to support its verdict or errors were made in the course of the charge which would require a new trial, the verdict of a jury must not be set aside. Juries are a safeguard of democracy and society quite properly respects and trusts their verdicts. See *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; and *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802. If they are to remain the bulwark of freedom their decisions should not be lightly dismissed.

It is now necessary to consider whether the verdict of the jury in this case was unsafe.

Was the Verdict of the Jury Unsafe?

The Chief Justice properly observed that the Court of Appeal was empowered under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* to find that the verdict was unreasonable or unsupported by the evidence. He pointed out that in making such a determination the Court of Appeal was obliged to "re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence". See *R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 186. He further observed that although the principle expressed in *Yebe*s applies to findings of credibility, this Court has held that deference should be shown to those findings which are made at trial. See *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131.

The Chief Justice continued by observing that it was highly unlikely in his view that the Court of Appeal would have concluded that the guilty verdict was unreasonable under s. 686(1)(a) were it not for the comments contained in the report of the trial judge in light of the evidence presented at trial. I agree with all those comments. They are particularly true in light of the opinion expressed by this Court that the testimony of children such as the complainant should not be evaluated on the same standards as that used in assessing evidence given by adults. Rather a flexible common sense approach to the evidence of children should be

verdict prononcé par le jury était imprudent. Pourtant, c'est le verdict du jury qui doit l'emporter sur l'opinion du juge de première instance. Le verdict d'un jury ne doit être annulé que s'il n'y a aucune preuve justifiant ce verdict ou si, au cours de l'exposé au jury, on a commis des erreurs qui exigeraient la tenue d'un nouveau procès. Les jurys sont une garantie de démocratie et c'est tout à fait à juste titre que la société respecte leurs verdicts et s'en remet à ceux-ci. Voir les arrêts *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, et *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802. S'ils doivent demeurer le rempart de la liberté, leurs décisions ne devraient pas être rejetées à la légère.

Il est maintenant nécessaire de se demander si le verdict prononcé par le jury était imprudent.

Le verdict prononcé par le jury était-il imprudent?

Le Juge en chef a fait observer, à juste titre, que la Cour d'appel pouvait, en vertu du sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, conclure que le verdict était déraisonnable ou qu'il n'était pas appuyé par la preuve. Il a fait remarquer qu'en rendant cette décision, la Cour d'appel devait «réexaminer l'effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer». Voir *R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168, à la p. 186. Il a ajouté que bien que le principe formulé dans l'arrêt *Yebe*s s'applique aux conclusions à la crédibilité, notre Cour a jugé qu'il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de ces conclusions tirées au procès. Voir *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, à la p. 131.

Le Juge en chef a poursuivi en faisant observer qu'à son avis il était fort improbable, compte tenu de la preuve présentée au procès, que la Cour d'appel eusse conclu que le verdict de culpabilité était déraisonnable en vertu de l'al. 686(1)a) n'eussent été les commentaires contenus dans le rapport du juge du procès. Je suis d'accord avec tous ces commentaires. Ils sont particulièrement justes à la lumière de l'opinion exprimée par notre Cour selon laquelle les témoignages d'enfants comme le plaignant ne devraient pas être évalués selon les mêmes normes utilisées pour apprécier les témoignages d'adultes. Il y a lieu plutôt d'aborder les

employed. See *R. v. W. (R.)*, *supra*, and *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at pp. 54-55.

The trial judge determined that the complainant, J.E., was of sufficient maturity to be sworn. He testified and was cross-examined at length. The jury had every opportunity to hear his testimony and to observe the manner in which he gave his evidence. As the Chief Justice has noted there were no significant inconsistencies in his testimony. The jury could have based its verdict upon the evidence of the complainant alone. There was as well the medical evidence which revealed findings consistent with the sexual abuse described by the complainant. There was then clear evidence upon which the jury could base its finding of guilt. Thus it cannot be said that there was no evidence upon which the jury could base its conviction and that as a result it was unsafe to accept the verdict of guilty.

It remains then to be seen if the judge's charge was in error.

The Charge to the Jury

Except in those rare cases where it is appropriate to request it, the charge to the jury should be reviewed without any consideration of the report of the trial judge. If the jury system is to be maintained, then despite the unpopularity of a verdict it must be accepted unless, as I have said, there was no evidence upon which it could be based or there is a reversible error in the charge. It should not be forgotten that trial by jury is one of the important concepts of our democratic society. It is the ability to have recourse to a jury trial that is the individual's safeguard against tyranny. The danger of relying upon a trial judge's report to set aside a jury verdict becomes apparent if the Crown were to seek to set aside the unpopular verdict of acquittal on the basis of a trial judge's report that the verdict was unsafe. Any decision as to the verdict in this

témoignages d'enfants d'une façon souple et conforme au bon sens. Voir les arrêts *R. c. W. (R.)*, précité, et *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, aux pp. 54 et 55.

Le juge du procès a décidé que le plaignant J.E. était suffisamment mûr pour prêter serment. Ce dernier a témoigné et a fait l'objet d'un long contre-interrogatoire. Le jury a pu l'entendre et observer à loisir la façon dont il a témoigné. Comme le Juge en chef l'a souligné, il n'y avait pas d'incohérences graves dans son témoignage. Le jury aurait pu fonder son verdict sur le seul témoignage du plaignant. La preuve médicale a aussi révélé des conclusions compatibles avec le comportement sexuel abusif décrit par le plaignant. Il y avait donc des éléments de preuve manifestes sur lesquels le jury pouvait fonder son verdict de culpabilité. On ne saurait donc affirmer qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait fonder la déclaration de culpabilité qu'il a prononcée et, partant, qu'il était imprudent d'accepter le verdict de culpabilité.

Il reste à voir si l'exposé du juge était erroné.

L'exposé au jury

Sauf dans les rares cas où il convient de demander au juge du procès de présenter un rapport, l'exposé au jury devrait être examiné sans tenir compte de ce rapport. Si le système de jury doit être maintenu, alors le verdict, même impopulaire, doit être accepté sauf, comme je l'ai dit, s'il y a absence d'éléments de preuve sur lesquels il pouvait être fondé ou s'il y a dans l'exposé au jury une erreur justifiant son annulation. Il ne faudrait pas oublier que le procès devant jury est l'un des concepts importants de notre société démocratique. C'est la possibilité de recourir à un procès devant jury qui protège l'individu contre la tyrannie. Il deviendrait évident qu'il est dangereux d'invoquer le rapport du juge du procès pour annuler le verdict d'un jury, si le ministère public devait demander l'annulation d'un verdict d'acquiescement impopulaire en invoquant le rapport du juge du procès voulant que ce verdict soit imprudent. Toute décision relative au verdict en l'espèce devrait être fon-

case should be based upon the transcript and not the report of the trial judge.

It was incumbent upon the trial judge to bring to the jury's attention the problems that may arise from the testimony of youthful witnesses. Let us review what the trial judge said to the jury with regard to the evidence of the complainant in this case.

Now, [J.E.]'s evidence is that of a 13-year-old boy. Now, you are not inexperienced with life. You have dealt with children. You have dealt with adults. Don't leave your common sense at home when you are assessing this child's evidence. You are called because of your collective wisdom and experience in dealing with people and assessing facts. Use that in deciding who you are going to believe in this case, what you are going to do with the evidence, and how you are going to weigh it.

Now, I questioned [J.E.], as you saw, before he took the oath. I asked him some questions about whether or not he understood the nature of an oath and whether or not he was able to communicate answers to questions on a fairly intelligent basis. You saw him answer the questions. You saw him deal with them. You also saw him answer and heard him answer questions from both counsel for quite a period of time.

Now, he is a 13-year-old boy, and he has had not a nice life. You can't punish the accused because he hasn't had a good life, unless you are satisfied it was the accused who perpetrated the acts of anal intercourse alleged by [J.E.]. You can't punish the accused because you have sympathy for the child, nor can you acquit the accused because you just feel sorry for him. You have got to deal with the evidence honestly.

Now, a 13-year-old boy is giving evidence of what happened when he was five and a half and just about the time of his sixth birthday. Now, when you are dealing with a child, I don't — I'm going to just point this out to you. In assessing his evidence, I want you to consider the questions and answers that I dealt with in deciding whether or not he should take the oath and be sworn; take into account he was 13 years of age when he gave evidence; take into account when he was five and almost six and six when the incidents occurred.

dée sur la transcription et non sur le rapport du juge du procès.

Il incombait au juge du procès d'attirer l'attention du jury sur les difficultés que peuvent soulever les dépositions de jeunes témoins. Voyons ce qu'il a dit au jury au sujet du témoignage du plaignant en l'espèce.

[TRADUCTION] Le témoignage de [J.E.] est celui d'un garçon de 13 ans. Vous avez l'expérience de la vie. Vous avez déjà traité avec des enfants. Vous avez déjà traité avec des adultes. Utilisez votre bon sens au moment d'apprécier le témoignage de cet enfant. Vous êtes ici en raison de votre sagesse et de votre expérience collectives pour ce qui est de traiter avec des gens et d'évaluer des faits. Servez-vous en pour décider qui croire en l'espèce, ce que vous allez faire avec la preuve et quel poids vous allez lui accorder.

Vous l'avez vu, j'ai interrogé [J.E.] avant qu'il prête serment. Je lui ai posé quelques questions pour savoir s'il comprenait la nature du serment et s'il était en mesure de répondre de façon vraiment intelligente aux questions posées. Vous l'avez vu répondre. Vous avez vu comment il se comportait lorsqu'il était interrogé. Vous l'avez également vu et entendu répondre aux questions posées par les deux avocats pendant une période de temps assez longue.

Il s'agit d'un garçon de 13 ans qui n'a pas eu la vie facile. Vous ne pouvez punir l'accusé parce que ce garçon n'a pas eu la vie facile, à moins d'être convaincu que l'accusé a eu les relations sexuelles anales que dénonce [J.E.]. Vous ne pouvez punir l'accusé parce que vous avez de la sympathie pour l'enfant pas plus que vous ne pouvez l'acquitter parce qu'il vous fait pitié. Il vous faut examiner la preuve honnêtement.

Un garçon de 13 ans témoigne sur des événements survenus au moment où il avait cinq ans et demi et à peu près à l'époque de son sixième anniversaire de naissance. Lorsque vous avez affaire à un enfant, je ne — je vais seulement vous dire ceci. En appréciant son témoignage, je veux que vous teniez compte des questions que j'ai posées au plaignant et des réponses que j'ai obtenues lorsque j'ai eu à décider s'il fallait lui faire prêter serment. Tenez compte du fait qu'il était âgé de 13 ans lorsqu'il a témoigné; tenez compte du fait qu'il était âgé de cinq ans et de presque six ans, et de six ans, lorsque les incidents sont survenus.

I noticed you watching him carefully at all times. He is talking about events which occurred when he was five, and there are frailties or sometimes difficulties with the child's evidence because of his mental immaturity. There are four reasons I consider, and you may consider. You don't have to, because as I say, this is in your area, and I am relying on your experience dealing with people, and you are not relying on mine, nor is the accused.

There are four areas of concern: his capacity to observe things at five years old and to tell you about them at 13; his capacity to recollect things when he was five, and his capacity to tell you about them when he is 13 and to recollect them and bring them back; his ability to understand the questions that were put to him and to frame and give intelligent answers; and fourthly, his moral responsibility as a child of 13 talking about events which occurred when he was five. Those are points you may wish to consider when you assess his evidence.

Again, you may wish to consider, as put by Miss Hamilton and the Crown, what is the motive for him blaming [A.W.E.]? I think it's something you have to consider is why he didn't reveal [A.W.E.]'s name initially, and a few days later he did reveal [A.W.E.]'s name. That's in 1985, long after the event. At that time [A.W.E.] was not with [J.E.]. That was the period of separation time when the child was in Armstrong, B.C., living away from [A.W.E.].

Now, the evidence of [J.E.] is specific and very specific about these two incidents. He also is very specific about some other incidents relating to the fire, relating to the camper, relating to the broken leg, relating to the cut on his nose by his mother with a large knife, in relation to kicking the football and hitting somebody in the face with it — or soccer ball.

Those incidents were also referred to in some areas by other witnesses, and there was a difference, perhaps, in the way each one of them saw the incident, and perhaps, for example, the incident as described by [J.E.] of the broken leg may be considered by you as how he recollected things happening in those times as compared to the incident as explained by the accused or explained by [L.E.] or explained by [W.E.], his children. Now, that may assist you in trying to ascertain what weight to be

J'ai remarqué que vous l'aviez en tout temps observé attentivement. Il a relaté des événements qui se sont produits lorsqu'il avait cinq ans et son témoignage présente des faiblesses ou suscite parfois des difficultés en raison de son immaturité intellectuelle. Il y a quatre éléments que je prends en considération et que vous pouvez prendre en considération. Vous n'êtes pas obligés de le faire parce que, comme je l'ai dit, cela relève de vous. Je m'en remets à votre expérience des gens, et vous ne vous fiez pas à la mienne et l'accusé non plus.

Il y a quatre sujets de préoccupation: son aptitude à observer des choses à cinq ans et à vous les relater à 13 ans; son aptitude à se rappeler d'incidents survenus alors qu'il avait cinq ans et son aptitude à vous les raconter à 13 ans, à s'en souvenir et à les rappeler à sa mémoire; son aptitude à comprendre les questions qui lui ont été posées et à formuler des réponses intelligentes; enfin, sa responsabilité morale en tant qu'enfant de 13 ans qui parle d'événements survenus lorsqu'il avait cinq ans. Ce sont les points que vous voudrez peut-être prendre en considération lorsque vous apprécierez son témoignage.

Encore une fois, vous voudrez peut-être vous demander, comme l'ont dit M^e Hamilton et le ministère public, quel motif l'a poussé à blâmer [A.W.E.]. Je pense que vous devez vous demander pourquoi il n'a pas mentionné le nom de [A.W.E.] dans un premier temps, et pourquoi il ne l'a fait que quelques jours plus tard. Ceci se passe en 1985, bien longtemps après les événements en question. À cette époque, [A.W.E.] n'était pas avec [J.E.]. Il s'agit de la période de séparation pendant laquelle l'enfant vivait à Armstrong (C.-B.), loin de [A.W.E.].

Le témoignage de [J.E.] est précis, très précis, sur ces deux incidents. [J.E.] est également très précis au sujet de certains autres incidents concernant l'incendie, la caravane, la jambe brisée, la coupure sur le nez infligée par sa mère avec un long couteau, le coup de pied sur le ballon de football (ou de soccer) qui a atteint quelqu'un au visage.

Ces incidents ont également été évoqués en partie par d'autres témoins, et il y avait une différence, peut-être, dans la façon dont chacun d'eux a perçu l'incident, et peut-être, par exemple, voudrez-vous retenir la description que donne [J.E.] de l'incident de la jambe brisée, comme illustrant la façon dont il se rappelait comment les choses se sont passées à l'époque, comparativement à l'explication de l'incident donnée par l'accusé ou encore par ses enfants [L.E.] ou [W.E.]. Cela peut vous

given to [J.E.]’s evidence and how to look at it. [Emphasis added.]

As well he stated:

Now, the position of the Crown is that the evidence of [J.E.] is clear as to the nature of the act and the person who did it, and [J.E.] stood up to answering questions, giving his evidence and being subjected to cross-examination. I don’t know whether grilling or grueling is the correct word, but it certainly was — he stood up for a long time. In fact, at the end he sat down, you will remember, in front of you. You watched him very carefully. You will have to consider his evidence, and of course, the others.

The Crown says it’s clear, no doubt in [J.E.]’s mind who. That person had the opportunity to do it, and although he didn’t name him in 1985, when initially dealing with the topic, he named [W.E.] and [L.E.], [D.W.]; but when it came down to the crunch three days later, he also named [A.W.E.]. Now, he was asked specifically if [A.W.E.] did it initially, and he said no. Three days later he says, Yes, [A.W.E.] did do it; now, two or three days later.

Now, the Crown’s position is you should accept that evidence. You should disregard the other evidence. They have an interest in getting evidence that way. They have a bias. Accept the evidence of [J.E.]. It should be sufficient to satisfy you beyond a reasonable doubt.

The defence takes the position that you should not accept the evidence of [J.E.]. There are other people with equal opportunity; in particular, the defence referred to [D.S.], the natural father, probably, of the child [J.E.]. Her position is that you should accept the evidence of the accused, who denied it, and you should accept the evidence of the witnesses called on his behalf that his character is such that he is not the kind of person who would commit that crime.

These directions appear to adequately bring to the attention of the jury the problems that they should consider in assessing the evidence of the complainant. Taken in the context of the entire charge, they provide proper instructions to the jury. The charge when reviewed as a whole, is not only fair but favourable to the respondent. It is trite

aider à déterminer quel poids il faut accorder au témoignage de [J.E.] et comment il faut l’envisager. [Je souligne.]

a Il a également dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Selon le ministère public, le témoignage de [J.E.] est clair quant à la nature de l’acte reproché et à l’auteur de cet acte, et [J.E.] s’est levé pour répondre aux questions, a témoigné et a subi un contre-interrogatoire. Faut-il parler d’un interrogatoire serré ou d’un interrogatoire épuisant, je ne saurais dire, toujours est-il qu’il est resté debout longtemps. En fait, à la fin, vous vous en souviendrez, il s’est assis devant vous. Vous l’avez observé très attentivement. Il vous faut tenir compte de son témoignage et, bien sûr, des autres témoignages.

Le ministère public affirme qu’il n’y a aucune incertitude, aucun doute dans l’esprit de [J.E.] quant à l’auteur. Cette personne a eu la possibilité de commettre le crime reproché, et bien qu’il ne l’ait pas nommée en 1985, lorsqu’il a parlé pour la première fois, il a nommé [W.E.] et [L.E.], [D.W.]. Mais au moment crucial, trois jours plus tard, il a également nommé [A.W.E.]. Lorsqu’on lui a demandé expressément si [A.W.E.] l’avait fait, au début il a dit non. Trois jours plus tard, il a dit oui, [A.W.E.] l’a fait. Deux ou trois jours plus tard.

Le ministère public prétend que vous devriez accepter ce témoignage et que vous devriez ignorer les autres éléments de preuve. Il a intérêt à recueillir des témoignages de cette façon. Il est partial. Acceptez le témoignage de [J.E.]. Il devrait suffire à vous convaincre hors de tout doute raisonnable.

Selon la défense, vous ne devriez pas accepter le témoignage de [J.E.]. D’autres personnes que l’accusé avaient la possibilité de perpétrer le crime. La défense a fait référence en particulier à [D.S.], qui est probablement le père naturel de [J.E.]. Selon elle, vous devriez accepter le témoignage de l’accusé, qui a nié être l’auteur du crime, et vous devriez accepter la déposition des autres personnes appelées à témoigner pour lui et qui sont venues dire que sa moralité est telle qu’il n’est pas le genre de personne qui commettrait ce crime.

Ces directives semblent attirer convenablement l’attention du jury sur les difficultés dont il devrait tenir compte pour apprécier le témoignage du plaignant. Prises dans le contexte de l’ensemble de l’exposé du juge au jury, elles constituent des directives appropriées. Considéré dans son ensemble, l’exposé du juge est non seulement équitable

that charges should not be viewed microscopically or infinitely parsed to find error. A review of the charge in this case does not reveal any reversible error. Indeed the Chief Justice notes that the charge to the jury appears to be sound. In his view it is only when it is read together with the trial judge's letter or report that it becomes apparent that it can be said that there is misdirection.

I must with respect disagree with that position. In my view there should not have been any recourse to the report of the trial judge. To do so means that a new trial would be directed based upon the very report that should not have been considered. There is no suggestion that any relevant evidence was withheld from the jury in this case or that there was an error in law made in the course of the charge. Nor is there any suggestion that the trial judge failed to review all the relevant evidence with the jury or put forward the position of the Crown and defence. The proposed new trial results solely from the fact that the trial judge failed to comment on the evidence. In this case, there was no duty or need for the trial judge to make comments upon the evidence beyond those which were properly made in his charge, which all agree was fair.

It is true that in a criminal trial the fairness of the process must be primarily assessed from the point of view of the accused. Yet it must as well be looked at from the point of view of fairness in the eyes of the community and the complainant. It is apparent, from any viewpoint, that the respondent received a fair trial. All that is really complained of is that the verdict of the jury was not a satisfactory one in the opinion of the trial judge. Unless we are to accept the contention that a jury's decision based upon relevant and admissible evidence following a fair and faultless charge can be set aside

pour l'intimé, mais encore il lui est favorable. Il est banal de dire que les directives données au jury ne devraient pas être examinées à la loupe ni décortiquées indéfiniment pour trouver une erreur. En l'espèce, l'examen de l'exposé au jury ne révèle pas d'erreur justifiant son annulation. En fait, le Juge en chef souligne que l'exposé au jury semble judicieux. Selon lui, c'est seulement lorsque l'exposé est examiné conjointement avec la lettre ou le rapport du juge du procès qu'il appert que l'on peut dire que les directives données sont erronées.

En toute déférence, je me dois d'exprimer mon désaccord avec ce point de vue. À mon avis, on n'aurait pas dû avoir recours au rapport du juge du procès. Le faire signifierait que la décision d'ordonner un nouveau procès reposerait sur le rapport même qui n'aurait pas dû être pris en considération. Rien n'indique que des éléments de preuve pertinents ont été cachés au jury en l'espèce, ni qu'une erreur de droit a été commise au cours de l'exposé au jury. Rien n'indique non plus que le juge du procès n'a pas passé en revue avec le jury tous les éléments de preuve pertinents ni présenté la thèse du ministère public et celle de la défense. Le nouveau procès proposé résulte uniquement du fait que le juge du procès n'a pas fait de commentaires au sujet de la preuve. En l'espèce, il n'était ni obligatoire ni nécessaire que le juge du procès fasse, au sujet de la preuve, des commentaires autres que ceux qu'il a fait à bon droit dans son exposé qui, de l'avis de tous, était équitable.

Il est vrai que, dans un procès criminel, l'équité du processus doit surtout être appréciée du point de vue de l'accusé. Pourtant, elle doit être aussi considérée du point de vue de la collectivité et du plaignant. Il appert, à tout point de vue, que l'intimé a subi un procès équitable. Ce dont on se plaint véritablement, c'est que le verdict du jury n'était pas satisfaisant aux yeux du juge du procès. À moins d'admettre que la décision du jury, fondée sur des éléments de preuve pertinents et admissibles et rendue à la suite d'un exposé équitable et irréprochable, peut être infirmée pour le motif qu'elle est

on the grounds that it is contrary to the decision which the trial judge might have reached, there should not be any interference with that verdict.

Conclusion

In summary then, a report from a trial judge should not be routinely requested by a Court of Appeal. It should only be sought where something cannot be ascertained from the transcript as agreed upon by counsel. The report of the trial judge should not have been considered by the Court of Appeal in this case. The charge to the jury was fair and did not contain any errors that would necessitate a new trial. In the result, I can come to no other conclusion than that the appeal must be allowed and the conviction restored.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — I have read the reasons of the Chief Justice and Justice Cory herein. Both have concluded that the report of the trial judge herein was not authorized by s. 682(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. I agree with Cory J. as to the circumstances in which such a report should be made. I agree with the Chief Justice, however, that the report having been made and received, it discloses an error of law which might have affected the verdict. This cannot be ignored. Cory J. reviews extensive passages in the charge to the jury which adequately sets out “the problems that they should consider in assessing the evidence of the complainant” (p. 197). These comments, when considered in the absence of the trial judge’s views as to the credibility of the complainant, are fair. Nonetheless, but for an error of law, the trial judge would have added a comment with respect to the reliability of the evidence of the complainant. For the reasons stated by the Chief Justice, the trial judge was entitled to make such a comment which would have enured to the benefit of the accused. I agree with the Chief Justice that, absent the error in law, the verdict would not necessarily have been the same. I would, therefore,

contraire à la décision qu’aurait pu rendre le juge du procès, il n’y a pas lieu de modifier ce verdict.

^a Conclusion

Somme toute, le tribunal d’appel ne devrait pas systématiquement demander au juge du procès de lui présenter un rapport. Il conviendrait de ne demander ce rapport que si quelque chose ne peut être vérifié au moyen de la transcription sur laquelle se sont entendus les avocats. En l’espèce, la Cour d’appel n’aurait pas dû tenir compte du rapport du juge du procès. L’exposé du juge au jury était équitable et ne contenait pas d’erreurs qui nécessiteraient la tenue d’un nouveau procès. En définitive, je ne puis que conclure qu’il faut ^d accueillir le pourvoi et rétablir la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

^e LE JUGE SOPINKA (dissident) — J’ai pris connaissance des motifs rédigés ici par le Juge en chef et le juge Cory. Tous deux ont conclu que le rapport du juge du procès en l’espèce n’était pas autorisé par le par. 682(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Je partage l’avis du juge Cory quant aux circonstances dans lesquelles il y a lieu de faire un tel rapport. Cependant, je suis d’accord avec le Juge en chef pour dire que le rapport qui a été fait et reçu révèle l’existence d’une erreur de droit qui aurait pu influencer sur le verdict. On ne saurait passer cela sous silence. Le juge Cory examine de longs extraits de l’exposé au jury qui énonce adéquatement «les difficultés dont il devrait tenir compte pour apprécier le témoignage du plaignant» (p. 197). Compte tenu de l’absence d’une opinion exprimée par le juge du procès quant à la crédibilité du plaignant, ces observations sont justes. Cependant, n’eût été une erreur de droit, le juge du procès aurait ajouté un commentaire sur la fiabilité de la preuve du plaignant. Pour les raisons exposées par le Juge en chef, le juge du procès avait le droit de faire un tel commentaire qui aurait ^j bénéficié à l’accusé. Je suis d’accord avec le Juge en chef pour dire qu’en l’absence de l’erreur de

dispose of the appeal as proposed by the Chief Justice.

Appeal allowed, LAMER C.J. and SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Ken Tjosvold, Edmonton.

Solicitor for the respondent: A. Clayton Rice, Edmonton.

droit commise le verdict n'aurait pas nécessairement été le même. Je statuerais donc sur le pourvoi de la façon proposée par le Juge en chef.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER et les juges SOPINKA et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Ken Tjosvold, Edmonton.

Procureur de l'intimé: A. Clayton Rice, Edmonton.