

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

118-08-CA

<u>G.S.</u>	APPELLANT	<u>G.S.</u>	APPELANT
- and -		- et -	
<u>HER MAJESTY THE QUEEN</u>	RESPONDENT	<u>SA MAJESTÉ LA REINE</u>	INTIMÉE

G.S. v. R., 2009 NBCA 82

G.S. c. R., 2009 NBCA 82

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
September 2, 2008

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 2 septembre 2008

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
June 16, 2009

Appel entendu :
Le 16 juin 2009

Judgment rendered:
December 10, 2009

Jugement rendu :
Le 10 décembre 2009

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Gilles C. Thibodeau, Q.C.

Pour l'appelant :
Gilles C. Thibodeau, c.r.

For the respondent:
Gabriel Bourgeois, Q.C., and
René E. Dumaresq

THE COURT

The appeal is dismissed.

Pour l'intimée :
Gabriel Bourgeois, c.r., et
René E. Dumaresq

LA COUR

L'appel est rejeté.

Le jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF J.E. DRAPEAU

I. Introduction

- [1] Le présent pourvoi découle d'un procès devant une juge siégeant avec jury qui s'est soldé à l'automne 2008 par la condamnation de l'appelant pour grossière indécence, attentat à la pudeur et agression sexuelle sur la personne de sa nièce. Selon le témoignage de celle-ci, les actes en question auraient été commis plus de deux décennies plus tôt, soit au cours de la première moitié des années 1980. À l'époque, elle n'était qu'une fillette.
- [2] Au procès, l'appelant contredit sous serment chaque élément incriminant du témoignage de sa nièce et des autres témoins à charge. Par ailleurs, et en guise d'explication pour la formulation des plaintes de criminalité sexuelle pour laquelle il est traduit en justice, l'appelant soutient que celles-ci font partie intégrante d'une machination ourdie par sa nièce et sa famille immédiate pour lui soutirer de l'argent et poursuivie par eux avec la plainte à la police et les procédures judiciaires en guise de représailles pour son défaut d'acquiescer à leurs demandes.
- [3] La question de la crédibilité étant fondamentale, la juge du procès donne des directives au jury qui suivent fidèlement le modèle proposé dans l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL). Elle fournit également une explication de la présomption d'innocence et des précisions à propos du fardeau de la preuve et de la règle du doute raisonnable qui sont conformes aux enseignements que renferment les motifs de jugement dans l'affaire *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, [1997] A.C.S. n° 77 (QL). Après avoir délibéré, le jury rejette les prétentions de la défense, à l'évidence préférant ajouter foi aux propos de la plaignante plutôt qu'à ceux de l'appelant, et rend un verdict de culpabilité relativement à chaque infraction détaillée dans l'acte d'accusation.

[4] Comme nous le verrons, les moyens d'appel mettent en cause le suivi que la juge a donné à une question posée par le président du jury, les directives portant sur les éléments de preuve que le jury était en droit de considérer pour s'acquitter de son mandat décisionnel, l'absence d'une directive sur les infractions incluses et l'éthique des observations finales du substitut du procureur général. Dans les motifs qui suivent, je dresse un bilan des points saillants des témoignages rendus en première instance, y compris, il va sans dire, ceux de la plaignante et de l'appelant, avant d'éplucher les moyens d'appel et d'apprécier leur bien-fondé au regard des principes directeurs. En définitive, cette analyse m'amène à conclure que les moyens d'appel sont dénués de fondement et que l'appel doit être rejeté.

II. Le contexte

[5] L'appelant est l'unique frère du père de la plaignante. Ils n'ont pas de sœurs. À l'époque des présumées infractions, l'appelant et son épouse demeurent à Edmundston alors que la plaignante et sa famille vivent à Bathurst. Les familles se rendent visite régulièrement, tantôt chez l'appelant, tantôt chez la plaignante. Selon celle-ci, c'est lors de ces rencontres que l'appelant commet les crimes qui lui sont imputés dans les six chefs que comprend l'acte d'accusation, soit d'avoir :

1. entre le 1 janvier 1981 et le 31 décembre 1984, à ou près d'Edmundston, au Nouveau-Brunswick, [...] commis un acte de grossière indécence avec [la plaignante], commettant ainsi un acte criminel, contrairement à et en violation de l'article 157 du *Code Criminel du Canada*, S.R.C. 1970, c. C-34, et des modifications y apportées;
2. entre le 1 janvier 1981 et le 4 janvier 1983, à ou près d'Edmundston, au Nouveau-Brunswick, [...] attenté à la pudeur de [la plaignante], une personne du sexe féminin, commettant ainsi un acte criminel, contrairement à et en violation du paragraphe 149(1) du *Code Criminel du Canada*, S.R.C. 1970, c. C-34, et des modifications y apportées;

3. entre le 3 janvier 1983 et le 31 décembre 1984, à ou près d'Edmundston, au Nouveau-Brunswick, [...] commis une agression sexuelle sur la personne de [la plaignante], commettant ainsi un acte criminel, contrairement à et en violation de l'alinéa 246.1(1)a) du *Code Criminel du Canada*, S.R.C. 1970, c. C-34, et des modifications y apportées;
4. entre le 1 janvier 1981 et le 31 décembre 1984, à ou près de Bathurst, au Nouveau-Brunswick, [...] commis un acte de grossière indécence avec [la plaignante], commettant ainsi un acte criminel, contrairement à et en violation de l'article 157 du *Code Criminel du Canada*, S.R.C. 1970, c. C-34, et des modifications y apportées;
5. entre le 1 janvier 1981 et le 4 janvier 1983, à ou près de Bathurst, au Nouveau-Brunswick, [...] attenté à la pudeur de [la plaignante], une personne du sexe féminin, commettant ainsi un acte criminel, contrairement à et en violation du paragraphe 149(1) du *Code Criminel du Canada*, S.R.C. 1970, c. C-34, et des modifications y apportées;
6. entre le 3 janvier 1983 et le 31 décembre 1984, à ou près de Bathurst, au Nouveau-Brunswick, [...] commis une agression sexuelle sur la personne de [la plaignante], commettant ainsi un acte criminel, contrairement à et en violation du paragraphe 246.1(1)a) du *Code Criminel du Canada*, S.R.C. 1970, c. C-34, et des modifications y apportées.

[6] À l'époque précisée dans les premier et quatrième chefs d'accusation (« entre le 1^{er} janvier 1981 et le 31 décembre 1984 »), l'art. 157 du *Code Criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34 prévoyait que quiconque commettait un acte de grossière indécence avec une autre personne était coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans. Le texte législatif abrogeant l'art. 157 a été adopté en 1985 et proclamé le 1^{er} janvier 1988. Par ailleurs, à l'époque visée par les second et cinquième chefs d'accusation (« entre le 1^{er} janvier 1981 et le 4 janvier 1983 »), le par. 149(1) du *Code Criminel* (1970) disposait que quiconque attentait à la pudeur d'une personne du sexe féminin était coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans.

Le par. 149(1) a été abrogé le 4 janvier 1983. Enfin, l'al. 246.1(1)a), qui est invoqué dans les troisième et sixième chefs d'accusation, a été proclamé le 4 janvier 1983. Cette disposition prévoyait que quiconque commettait une agression sexuelle était coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans ou coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Il s'agit maintenant d'une infraction en vertu de l'art. 271 du *Code Criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

[7] La défense n'a pas demandé de détails aux termes de l'art. 587 du *Code Criminel* (1985). Qui plus est, elle a assuré la juge du procès qu'il n'était pas question d'inviter le jury à considérer un verdict pour une quelconque infraction incluse. Enfin, la défense n'a pas prétendu que le principe reconnu dans l'arrêt *R. c. Kienapple*, [1975] 1 R.C.S. 729, [1974] A.C.S. n° 76 (QL) (interdiction de condamnations multiples pour le même délit) était enclenché dans les circonstances de la présente affaire. L'avocat de la défense a défini comme suit l'enjeu du procès : « c'est tout ou rien ».

[8] Selon la plaignante, les crimes en question ont été commis à différents endroits chez l'appelant à Edmundston et au sous-sol chez elle à Bathurst alors qu'elle n'avait pas plus que 10 ans. Il s'agirait de mises à nu par l'appelant de son pénis, de mises à nu de la plaignante à l'insistance de l'appelant, d'incitations par celui-ci à des attouchements sexuels, d'attouchements sexuels et d'actes de fellation.

[9] Le procès débute le 25 août 2008. Durant les quelques jours qui suivent, sept témoins sont entendus, quatre à l'appui des accusations, soit la plaignante, sa sœur et leurs parents, et trois à décharge, c'est-à-dire l'appelant, son épouse et leur fille. En plus, diverses pièces documentaires sont produites et reçues en preuve.

[10] Parmi les pièces produites par la défense qui ont été reçues en preuve, on retrouve une carte d'anniversaire de mariage ainsi que trois courriels que la mère de la plaignante envoie à l'appelant et à son épouse durant la première moitié de 2004, deux cartes de fête que le père de la plaignante donne à l'appelant et une note manuscrite que

la plaignante fait parvenir à sa cousine. Aucune mention de sévices sexuels n'est faite dans ces documents nonobstant le fait qu'ils ont tous été complétés après la divulgation par la plaignante à sa famille des présumés sévices sexuels. En revanche, aucun de ces documents ne fait allusion à des difficultés financières ou ne contient une demande d'aide financière au profit de la plaignante ou de son père.

[11] Voici un aperçu de l'essentiel des témoignages rendus au procès.

A. *Points saillants des témoignages*

(1) La plaignante

[12] La plaignante est née le 31 décembre 1975. Au moment du procès, elle est âgée de 32 ans, mère d'une jeune fille et enceinte. Elle demeure à Vancouver avec son conjoint.

[13] L'appelant est son parrain. Lorsque la plaignante accompagne sa famille à Edmundston au cours de la première moitié des années 1980, il lui arrive de coucher chez lui.

[14] Les comportements aberrants visés par l'acte d'accusation ont commencé en 1981, alors qu'elle avait 5 ou 6 ans. Ils ne cessent que lorsqu'elle atteint l'âge de 9 ou 10 ans. Elle est en mesure de cerner de façon approximative la période de temps pertinente à partir de quelques points de repère, tels que son entrée à l'école primaire (début approximatif des sévices sexuels) et l'adoption par l'appelant et son épouse de leur fille (fin approximative des sévices sexuels).

[15] S'agissant des chefs d'accusation concernant Edmundston, les actes reprochés prennent place au sous-sol lorsque l'appelant et la plaignante ne sont pas seuls dans la maison. Lorsqu'il en est autrement, les actes en question sont commis dans le salon au rez-de-chaussée.

- [16] Pour ce qui en est des chefs d'accusation concernant Bathurst, les actes reprochés sont commis au sous-sol. L'appelant y attire la plaignante en invoquant le prétexte suivant : il lui demande de lui apporter une bière ou autre chose du sous-sol. Lorsqu'elle s'y rend, il la suit et commet les crimes dénoncés dans l'acte d'accusation, soit dans la salle de lavage ou sur un canapé.
- [17] L'appelant lui interdit de révéler leurs activités sexuelles à qui que ce soit, et elle se plie à cette directive pendant plusieurs années pour une gamme de raisons, notamment par respect pour les personnes plus âgées, par honte de ce qui s'était passé et par peur de ce qui lui arriverait si elle n'obéissait pas. Ce n'est qu'une fois rendue à l'école secondaire, soit au début des années 1990, qu'elle révèle son « secret » à un ami et ensuite à sa sœur et à ses parents. Elle a une quinzaine d'années à l'époque.
- [18] Quelques jours plus tard, l'appelant se rend chez elle à Bathurst, lui présente des excuses et lui demande pardon pour les sévices sexuels qu'il a exercés. Il explique qu'il était malade à l'époque et supplie la plaignante et ses parents de ne pas mettre sa femme et sa mère au courant de son inconduite. La plaignante évoque la préoccupation de ses parents pour le bien-être de sa grand-mère paternelle et celui de la famille de l'appelant (sa fille et son épouse) en guise d'explication pour le fait qu'elle et ses parents ont acquiescé à la demande de l'appelant et n'ont pas porté plainte à la police à ce moment-là.
- [19] Elle termine ses études secondaires en 1993 et obtient un degré universitaire en 1998. En 2000, elle déménage à Vancouver.
- [20] L'appelant lui fait parvenir des excuses par courrier électronique. Le courriel en question a été supprimé sans qu'une copie soit faite et préservée.
- [21] En mars 2005, la plaignante apprend de sa mère que l'appelant lui attribue une part de responsabilité pour les activités sexuelles susmentionnées. Outrée, elle l'appelle le 31 mars 2005 pour se vider le cœur. Or, à sa grande surprise, l'appelant lui

répond, d'abord en riant et en l'accusant d'exagérer le sérieux des incidents, ensuite en lui parlant comme si elle lui demandait de l'argent. Voici le compte-rendu de l'entretien téléphonique que la plaignante fournit lors de son examen en chef :

[TRADUCTION]

Et je lui ai dit : « Comment peux-tu dire une chose pareille », vous savez, « que c'est ma faute autant que la tienne »? J'ai dit : « Sais-tu ce que tu as fait »? Et je lui ai dit : « À bien y penser, c'est le bon Dieu qui décidera », vous savez, « et tu sais ce que tu as fait. » Il sait ce qu'il a fait. Il sait ce qu'il a fait. Et alors... il... Et je lui ai dit : « Tu m'as fait prendre ton pénis dans ma bouche. » Et je lui ai dit ça au téléphone et il a ri.

Et quand il a ri, j'ai été encore plus furieuse et je me suis rendu compte après, que je savais pendant toutes ces années-là, même si mes parents gardaient encore le contact à cause de situations où on cachait les choses et pour ma grand-mère, que je savais qu'il n'avait pas changé. Même s'il le disait souvent, je savais au fond de moi qu'il n'avait pas changé. Comment pouvait-il faire quelque chose comme ça à une petite fille, et avoir changé.

Alors je lui ai dit : « Je ne te crois pas... tu... tu as jamais été sincère lorsque tu voulais être pardonné », comme si tu as jamais dit la vérité. Je lui ai dit : « Je ne crois pas que tu étais sincère. » Et il a tourné ça en plaisanterie, et il m'a dit : « Tu fais paraître ça pire que ça l'est en réalité. » Et alors... alors j'ai su que ça n'avait aucun sens, que je ne pouvais pas trouver de sens à cette conversation.

Et pendant cette conversation, pour une raison quelconque, il a pensé que je l'avais appelé à cause d'une question d'argent que je n'ai absolument jamais... demandé ou quoi que ce soit une fois au sujet d'argent, ça ne s'est jamais présenté entre [lui] et moi. Et il m'a dit : « Oh, eh bien, j'ai besoin de cet argent. » Et je lui ai dit : « De l'argent! Ça n'a rien à voir avec l'argent. Je ne veux pas de ta maudite argent. » Et il m'a dit : « Maudite argent, hein! » Et je lui ai dit : « Je me rends compte, sais-tu quoi, qu'il faut que cette conversation finisse. » Je lui ai dit : « Je comprends quel genre d'être humain tu es et Dieu va s'en occuper à partir de maintenant. Et ce qu'on a fait nous rattrape toujours », comme je vous l'ai dit avant. Je lui ai dit : « Je vais en parler avec mon avocat. »

[22] Peu après, son exaspération s'accroît lorsqu'elle reçoit de l'avocat de l'appelant une lettre (datée du 12 avril 2005) la sommant de s'abstenir de toute tentative d'entrer en communication avec l'appelant. La lettre, dont l'objet indiqué est l'appel de la plaignante à l'appelant, se lit comme suit :

[TRADUCTION]

Nous désirons vous informer que nos services ont été retenus par votre oncle [...] relativement à votre dernière conversation téléphonique avec lui.

Selon notre client, cette conversation était inquiétante, car elle contenait du harcèlement et des menaces. Notre client a ajouté que vous cherchiez à obtenir de l'argent de lui.

Notez bien que votre oncle est loin d'être un homme riche et que les quelques ressources limitées dont il dispose lui sont nécessaires pour régler ses dépenses médicales et autres dépenses connexes.

Par conséquent, la présente constitue un avis formel que vous devez cesser tout contact avec notre client [...], que ce soit par lettre, par téléphone, en personne ou par tout autre moyen.

[Notre client] souffre beaucoup et ne peut pas supporter le stress.

Nous croyons que la présente lettre est explicite. Si vous n'obtempérez pas aux exigences de notre client, nous sommes autorisés à prendre devant les tribunaux toute mesure supplémentaire qui peut être nécessaire pour protéger notre client.

Choquée et contrariée, la plaignante communique le contenu de cette lettre à son père et décide de faire appel à la police, ce qu'elle fait par une plainte écrite en mai 2005.

[23] En contre-interrogatoire, l'avocat de la défense tente, tant bien que mal, de mettre à l'épreuve la fiabilité de la mémoire de la plaignante et la crédibilité de son témoignage. Il s'attarde notamment sur certaines divergences dans les comptes-rendus

factuels qu'elle a fournis au fil des années, y compris celui que renferme sa plainte écrite à la police et ceux qu'elle a donnés à l'enquête préliminaire à l'automne 2007 et lors de son examen en chef. J'ouvre une parenthèse : la défense n'a pas demandé que la plainte écrite de la plaignante à la police soit reçue comme pièce au dossier. Quoi qu'il en soit, la méthode privilégiée par l'avocat sera répétée lors des autres contre-interrogatoires qu'il entreprendra, notamment ceux du père et de la mère de la plaignante qui avaient aussi témoigné à l'enquête préliminaire. L'avocat de la défense met également en relief la cordialité de la note manuscrite de la plaignante à sa cousine et la durée considérable du délai entre les présumés sévices et leur divulgation à la famille de la plaignante en 1991 et à la police en 2005. Enfin, il suggère à la plaignante qu'elle a joint l'appelant au téléphone le 31 mars 2005 uniquement dans le but de lui demander de fournir de l'argent à son père, prétention qu'elle réfute sans équivoque.

(2) La sœur de la plaignante

[24] Il s'agit de l'ainée de la famille (née le 11 février 1972).

[25] Elle confirme, pour l'essentiel, le témoignage de la plaignante portant sur les circonstances entourant sa divulgation en 1991, alors qu'elle avait 15 ans, des sévices sexuels que l'appelant a exercé durant la première moitié des années 1980. Elle comprend que son père s'est rendu à Edmundston la fin de semaine suivant cette divulgation. Quelques jours plus tard, l'appelant se présente, seul, chez eux à Bathurst. Il demande alors pardon à la plaignante et à sa famille, affirmant qu'il était malade à l'époque des sévices sexuels.

[26] En contre-interrogatoire, l'avocat de la défense évite toute contestation directe du témoignage portant sur la question de la demande de pardon que l'appelant aurait formulée lors de sa visite chez la plaignante en 1991. Il s'évertue plutôt à extraire du témoin des renseignements susceptibles de contredire le témoignage de la plaignante relativement au contexte dans lequel les présumés sévices auraient eu lieu.

(3) La mère de la plaignante

[27] Elle corrobore le témoignage de ses filles portant sur les circonstances dans lesquelles la plaignante l'a mise au courant, au début des années 1990, des sévices sexuels en question. Elle en informe son mari le même jour, dès son arrivée du travail. Le choc émotif passé, ils conviennent pour le moment de tout faire pour que la grand-mère paternelle de la plaignante, qui est âgée et frêle, ne prenne pas connaissance de l'inconduite de l'appelant. Cette préoccupation les convainc de ne pas demander l'intervention de la police à ce moment-là.

[28] Dans les jours qui suivent, son mari l'avise qu'il entend se rendre chez son frère à Edmundston et le confronter en personne. Quelques jours après le retour de son mari à la maison, l'appelant s'y présente et, devant toute la famille de la plaignante, son jeune frère excepté, il passe aux aveux et demande pardon. Il affirme avoir été malade à l'époque des sévices exercés sur la plaignante.

[29] Après son départ, la plaignante et sa famille conviennent à nouveau de ne pas faire appel à la police. Ils choisissent de garder les sévices secrets principalement par crainte de l'effet délétère que leur divulgation aurait sur la grand-mère de la plaignante. Les parents de la plaignante conviennent également de poursuivre les visites interfamiliales pour « maintenir les apparences » et ainsi éviter des questions gênantes de la part de la mère et de l'épouse de l'appelant.

[30] Quoique l'appelant exprime des remords inconditionnels pour son inconduite à maintes reprises par la suite, son discours devient plus nuancé avec le temps. L'évolution dans ses propos atteint son point culminant lors d'un entretien téléphonique avec la mère de la plaignante en 2004. Il banalise alors son inconduite, notant qu'elle n'impliquait rien de plus grave que des actes de fellation et que la plaignante devait assumer une certaine part du blâme. Estomaquée, la mère de la plaignante décide néanmoins de ne pas relayer à celle-ci ces observations pour le moins bizarres, préférant qu'elle demeure convaincue de l'authentique et inconditionnel repentir de l'appelant.

[31] Toutefois, en mars 2005, la mère de la plaignante cède et l'avise des nouvelles prétentions de l'appelant. Suivront par après, l'appel du 31 mars de la plaignante à l'appelant, la lettre de l'avocat de celui-ci datée du 12 avril et le voyage du père de la plaignante à Edmundston le 16 avril pour révéler à sa belle-sœur les sévices sexuels que l'appelant avait exercés sur la plaignante quelques décennies auparavant.

[32] En contre-interrogatoire, la mère de la plaignante affirme qu'avant l'été 2004 l'appelant indiquait régulièrement qu'il aimerait bien fournir une aide financière à la plaignante. Elle reconnaît avoir été au courant du fait que l'appelant a obtenu une indemnisation importante pour les blessures qu'il a subies dans un accident de la circulation mais elle nie catégoriquement lui avoir demandé de l'argent. Elle affirme que l'appelant lui a fait parvenir des courriels dans lesquels il exprimait ses remords et demandait pardon pour ses crimes. Elle concède cependant que ces courriels ne sont plus disponibles, ayant été supprimés de son ordinateur sans que des copies soient faites. Par ailleurs, elle admet avoir acheminé à l'appelant et à son épouse des cartes et des courriels au ton amical bien après avoir pris connaissance des sévices sexuels reprochés à l'appelant.

(4) Le père de la plaignante

[33] Peu après avoir pris connaissance en 1991 des sévices sexuels exercés par l'appelant, il se rend chez lui à Edmundston et le confronte en privé. L'appelant passe prestement aux aveux avant d'invoquer une consommation excessive d'alcool en guise d'explication. Il affirme être convaincu que son épouse le quittera si elle est mise au courant de son inconduite et il plaide en faveur du maintien du secret à son égard. Le père de la plaignante acquiesce une fois que l'appelant s'engage à s'excuser et à demander pardon en personne, ce qu'il fit quelques jours plus tard à Bathurst. Au fil des années qui suivent, l'appelant exprime, à maintes reprises, des remords pour son inconduite et le souhait que la plaignante puisse un jour lui pardonner.

[34] Dans les jours qui suivent sa prise de connaissance de la lettre du 12 avril 2005, il se rend à Edmundston et renseigne sa belle-sœur au sujet des sévices sexuels exercés par l'appelant. Celui-ci fait alors irruption dans la pièce, clamant qu'il s'agit de calomnies. L'épouse de l'appelant enchaîne en demandant au père de la plaignante si la poursuite d'un gain financier n'est pas le mobile de ces accusations.

[35] En contre-interrogatoire, il confirme que c'est en 1991 que la plaignante lui a fait part des agressions sexuelles de l'appelant. Il explique que les visites interfamiliales se sont poursuivies, malgré tout, afin de ne pas soulever d'interrogations et de soupçons dans l'esprit de sa mère et de l'épouse de l'appelant. Officiellement, les relations entre les deux familles devaient demeurer largement inchangées : il fallait à tout prix tenir secrets les crimes de l'appelant. Cependant, tout change en 2005 lorsque l'avocat de l'appelant envoie la lettre du 12 avril à la plaignante. Il reconnaît avoir été au courant que l'appelant avait reçu une indemnité pour les blessures qu'il avait subies dans un accident de la circulation. Cependant, il nie avoir éprouvé des problèmes financiers durant la première moitié des années 2000 et demandé à l'appelant de le dépanner. Il reconnaît avoir transféré à son fils le titre de la demeure familiale à Bathurst mais affirme que des considérations d'ordre fiscal, et non des difficultés financières, l'ont poussé à faire la cession.

(5) La fille de l'appelant

[36] Elle est le premier témoin à décharge. Étudiante universitaire, elle est âgée de 23 ans au moment du procès. Les présumées infractions auraient été commises avant sa naissance en 1985.

[37] Elle est chez ses parents à Edmundston à l'orée du mois d'avril 2005 lorsqu'elle reçoit un appel de la plaignante. Après un bref entretien, et à la demande de la plaignante, elle remet le combiné à l'appelant. Quelques instants plus tard, elle entend l'appelant évoquer le sujet de « l'argent » et indiquer qu'il n'a pas d'argent à donner car les fonds dont il dispose sont nécessaires pour voir à ses propres besoins et à ceux de sa

famille. Il lui semble que l'appelant est interrompu par la plaignante à chaque fois qu'il fait allusion à la question de l'argent. Sur la foi des observations que fait l'appelant, et sans entendre ce que la plaignante dit à l'autre bout, elle conclut que celle-ci sollicite une aide financière.

[38] En contre-interrogatoire, elle mentionne que l'appelant s'était plaint avant cet appel téléphonique que les parents de la plaignante le harcelaient pour une aide financière. Elle reconnaît toutefois n'avoir aucune connaissance personnelle de leurs demandes d'aide.

(6) L'appelant

[39] L'appelant est âgé de 58 ans au moment du procès.

[40] En 1996, il subit de graves blessures corporelles dans un accident de la circulation dont les suites comprendront un retrait du marché du travail. Plusieurs années après avoir intenté une action en délit, plus précisément en juin 2004, il accepte un règlement à l'amiable de sa demande en dommages-intérêts aux termes duquel il obtient une indemnité assez considérable.

[41] Il dément de façon non-équivoque : chacune des allégations d'inconduite sexuelle faites par la plaignante; que son frère soit venu chez lui en 1991 pour le confronter à l'égard de ces allégations ou pour lui demander de se rendre à Bathurst pour présenter des excuses à la plaignante; s'être rendu chez son frère à cette époque ou par la suite pour présenter de telles excuses; avoir envoyé des courriels à la plaignante ou à sa mère dans lesquels il se serait excusé ou aurait demandé pardon; et que la plaignante ait abordé la question de sévices sexuels lors de leur entretien téléphonique du 31 mars 2005.

[42] Les demandes d'aide financière de la part du père de la plaignante ont commencé avant le règlement à l'amiable de son action en dommages-intérêts, mais leur fréquence a augmenté par la suite. Le père de la plaignante lui dit qu'il a de nombreux

créanciers et qu'il devra vendre sa maison pour payer ses dettes si l'appelant ne vient pas à sa rescousse.

[43] S'agissant de l'appel téléphonique du 31 mars 2005, la plaignante a débuté l'entretien en disant [TRADUCTION] « Je ne te hais pas, oncle [...], mais, vous savez, mon père aurait besoin de 25 000 \$ [...] ». Lorsque sa demande d'aide financière est rejetée, la plaignante termine leur conversation en disant [TRADUCTION] « Bon, si c'est comme ça, mon avocat communiquera avec votre avocat ». La plaignante n'a, à aucun moment, fait allusion à des sévices sexuels. Il s'agit du seul appel qu'elle a fait pour solliciter une aide financière au profit de son père. Le même jour, l'appelant confie le mandat à son avocat d'acheminer à la plaignante la lettre du 12 avril 2005. En contre-interrogatoire, il semble peiner à expliquer pourquoi une lettre semblable n'a pas été envoyée au père de la plaignante qui, selon ses dires, le harcelait sans répit et depuis longtemps pour une aide financière.

[44] Lorsque le père de la plaignante se présente chez lui quelques jours plus tard et informe sa femme des sévices sexuels pour lesquels il sera éventuellement traduit en justice, l'appelant lui ordonne de quitter instamment les lieux. Son frère profère alors des menaces de violence physique avant d'ajouter « j'm'en vais t'la faire manger ton argent! », « tu devrais aller à messe, vous allez aller su' l'diable tous les deux », que ce fut une grave erreur d'envoyer une lettre d'avocat à la plaignante et qu'il va saisir les tribunaux de l'affaire. Le même jour, soit le 16 avril 2005, l'appelant dépose une plainte écrite à la police portant sur les menaces de violence physique susmentionnées.

[45] En contre-interrogatoire, l'appelant martèle qu'il ne s'est jamais retrouvé seul avec la plaignante, qu'il n'a pas commis les sévices sexuels qui lui sont reprochés et que, lorsque son frère se rend chez lui pour mettre sa femme au courant de ceux-ci, il était « tanné » de se faire harceler pour de l'aide financière. Corrélativement, il prétend avoir reçu un courriel dans lequel la plaignante affirmait que son père avait besoin de 200 000 \$, que l'appelant avait promis 25 000 \$ à son père et que la femme de l'appelant lui avait promis 20 000 \$. Aucune copie n'est disponible et le courriel a été supprimé de son

ordinateur. De fait, il ne se souvient pas de la date d'envoi ou de réception du courriel en question. Il concède que la plaignante ne lui a jamais demandé d'argent pour elle-même. Il se dit convaincu que la visite de son frère en avril 2005 avait pour but de lui soutirer de l'argent. Il avoue toutefois avoir indiqué dans sa plainte écrite à la police que c'est lui, et non le père de la plaignante, qui avait alors soulevé la question d'une aide financière.

(7) L'épouse de l'appelant

[46] Ils ont adopté leur fille en 1985. Elle avait 13 jours à l'époque.

[47] La plaignante n'a jamais couché chez elle à Edmundston et l'appelant n'a donc pas eu l'occasion d'exercer les sévices qui lui sont reprochés.

[48] Les deux familles ont des relations tout à fait ordinaires durant les années 1980 et 1990 et, d'ailleurs, jusqu'en 2004. Au cours de cette période, rien ne la porte à soupçonner que l'appelant a exercé des sévices sexuels sur la plaignante.

[49] Bien avant le règlement à l'amiable de l'action en dommages-intérêts intentée par l'appelant, elle le met en garde contre les demandes d'aide financière en provenance du père et de la mère de la plaignante. Elle avertit l'appelant de ne pas y acquiescer. Après le règlement à l'amiable, l'appelant se plaint souvent que la famille de la plaignante persiste à lui demander une aide financière. Elle entend l'appelant, lors d'un entretien téléphonique avec son frère, lui refuser toute aide financière.

[50] Elle corrobore l'essentiel du témoignage de sa fille et de l'appelant portant sur ce que celui-ci a dit le 31 mars 2005 lors de son entretien téléphonique avec la plaignante.

[51] Elle confirme que le père de la plaignante s'est présenté chez elle à Edmundston en avril 2005 et qu'il l'a avisée que l'appelant avait exercé des sévices sexuels sur la plaignante, notamment en la forçant de commettre des actes de fellation.

Incrédule, elle réagit en suggérant au père de la plaignante qu'il s'agissait d'une tentative d'escroquerie alors que l'appelant dément fermement les accusations de sa nièce avant d'exiger que son frère quitte les lieux immédiatement.

[52] Les policiers effectuent l'arrestation de son mari en janvier 2006.

[53] En contre-interrogatoire, elle qualifie les accusations de « bon coup monté », tout en reconnaissant qu'elle n'a pas une connaissance personnelle des éléments constitutifs de la présumée arnaque. Elle confirme plus souvent qu'autrement le témoignage de son mari, notamment en ce qui a trait à l'appel téléphonique du 31 mars 2005 et à la visite subséquente du père de la plaignante. Selon elle, la thèse de la poursuite est tout à fait invraisemblable, la plaignante et son mari n'ayant jamais été seuls lors des rencontres interfamiliales. Elle se dit convaincue dans son for intérieur de l'innocence de son mari.

B. *Les thèses développées lors des exposés des avocats*

[54] Les avocats font leurs exposés le 2 septembre 2008. D'ailleurs, l'exposé de la juge et les verdicts suivront le même jour.

[55] En bref, la thèse de la défense est comme suit. Les allégations de sévices sexuels, de présentation d'excuses et de demande de pardon par l'accusé sont fausses. La cordialité des rapports entre la plaignante et ses parents, d'une part, et l'appelant, d'autre part, à l'époque des présumés sévices et par la suite jusqu'au milieu des années 2000, écarte l'hypothèse véhiculée par la poursuite. Ces allégations ont été inventées de toute pièce pour soutirer de l'argent à l'appelant et maintenues par la suite en guise de représailles pour son rejet des demandes d'aide financière présentées par la plaignante, sa mère et son père.

[56] Pour sa part, le substitut du procureur général soutient que la plaignante et les trois autres témoins à charge ont fourni des témoignages cohérents et crédibles et

qu'au demeurant la culpabilité de l'accusé a été établie au-delà de tout doute raisonnable. Corrélativement, il développe le thème portant que certains éléments du témoignage de l'accusé et de son épouse, et, de façon plus générale, la thèse défendue par la défense souffrent d'invraisemblance.

III. Analyse et décision

[57] Dans son avis d'appel, l'appelant reproche à la juge du procès d'avoir commis une erreur de droit : a) «en n'exerçant pas judicieusement sa discrétion prévue [au par. 644(1) du *Code Criminel*] de libérer un membre du jury qui indiquait à la Cour avoir de l'antipathie contre l'appelant durant l'instruction du procès »; b) « en ne corrigeant pas adéquatement les spéculations et/ou opinions personnelles du procureur de la couronne quant aux échanges téléphoniques entre la plaignante et l'appelant laquelle preuve était déterminante quant à la crédibilité et la culpabilité de ce dernier »; c) « en donnant des directives erronées au jury que le doute raisonnable peut être fondé sur l'absence de preuve »; d) « en donnant des directives erronées au jury que le témoignage présenté sous serment lors du procès constitue la preuve de ce qui s'est réellement passé et de ne pas se servir de déclarations antérieures en tant que preuve de ce qui s'est réellement passé »; e) « en présentant au jury un résumé de la position de la Couronne et omettant de porter à l'attention du jury les divergences, inconsistances, et contradictions qui ont été soulevées lors du contre-interrogatoire de la plaignante. Cette omission aurait pu avoir l'effet de renforcer la crédibilité de la plaignante auprès du jury »; f) « en omettant de donner des directives au jury quant aux inculpations incluses dans les différents chefs d'accusation portés contre l'appelant »; g) « en omettant de fournir au jury des directives adéquates sur le principe du doute raisonnable et son application à la question de la crédibilité de la plaignante et de l'appelant ».

[58] Toutefois, l'appelant abandonne dans son mémoire les moyens d'appel c) et e) et il y aborde la question visée par le moyen g) dans le cadre de son exposé sur le moyen d). Enfin, le procureur de l'appelant confirme à l'audience que le moyen d'appel f) vise uniquement le défaut de la juge du procès d'aviser les jurés de la possibilité d'une

déclaration de culpabilité pour grossière indécence au lieu d'agression sexuelle, l'infraction précisée dans les chefs d'accusation 3 et 6. Il en serait ainsi parce que la grossière indécence aurait été incluse à l'époque des faits dans l'infraction d'agression sexuelle.

[59] Compte tenu de ces mises au point, les seules questions encore en litige sont celles de savoir si la juge du procès a commis une erreur de droit : (1) en omettant d'enquêter sur les circonstances qui ont mené le président du jury à poser la question de savoir « si la poursuite pourrait demander l'exclusion d'un juré pour motif qu'il démontre de l'empathie envers l'accusé ou un des témoins [...] »; (2) par son mutisme lorsque le substitut du procureur général s'est livré dans son exposé au jury à des « spéculations et/ou opinions personnelles » quant à la teneur de l'entretien téléphonique du 31 mars 2005 entre la plaignante et l'appelant; (3) en avisant le jury « que le témoignage présenté sous serment lors du procès constitue la preuve de ce qui s'est réellement passé »; et (4) en faisant défaut d'expliquer au jury qu'il devait considérer la possibilité d'une condamnation pour grossière indécence lorsqu'il se pencherait sur les chefs d'accusation alléguant une agression sexuelle. Il va sans dire que la cour aurait à intégrer aux débats une discussion portant sur l'effet des sous-al. 686(1)b) (iii) et (iv) du *Code Criminel* dans l'éventualité qu'une réponse favorable à l'appelant serait indiquée pour l'une ou l'autre de ces questions.

A. *L'obligation d'enquêter sur les circonstances qui ont suscité la question du président du jury*

[60] Après avoir entendu les trois premiers témoins à charge (la plaignante, sa sœur et sa mère), le président du jury fait parvenir une note à la juge du procès dans laquelle il pose la question suivante : « [e]st-ce que la poursuite pourrait demander l'exclusion [d'un juré] pour motif qu'il démontre de l'empathie envers l'accusé ou un des témoins [...]? » La juge du procès porte la question à l'attention des avocats et leur propose un rappel aux jurés de leur serment, de la présomption d'innocence et du fardeau de la preuve. Elle propose également d'expliquer aux jurés qu'il est tout à fait normal que

certain d'entre eux : soient plus intéressés et attentifs que d'autres; préfèrent un témoignage à un autre; aient de l'empathie pour l'accusé; ou n'aient aucune empathie pour l'accusé. Elle estime que, eu égard à leur serment et à ses directives portant sur les « principes fondamentaux », les jurés devraient être en mesure de s'acquitter de leur mandat décisionnel.

[61] Enfin, elle invite les avocats à offrir leurs suggestions. Ils n'ont rien à ajouter. L'avocat de la défense convient que, la nature humaine étant ce qu'elle est, les préoccupations exprimées par le président du jury, quoique « dérangeantes », ne sont pas exceptionnelles et qu'il n'y a pas matière justifiant l'exclusion du juré visé ou, encore moins, l'avortement du procès.

[62] Suite à cet échange, le jury est rappelé et la juge du procès donne les directives qu'elle avait proposées aux avocats quelques minutes auparavant :

Donc peut-être si je commence par vous dire que l'accusé a choisi d'être jugé par 12 de ses pairs, donc 12 personnes de la communauté. Donc il est normal que parmi ces 12 là certains jurés vont être moins, certains vont être plus attentifs, certains vont l'être moins. C'est la nature humaine; ça dépend du caractère de chacun. Et ce n'est pas parce qu'on devient juré qu'on change de caractère.

Il est aussi normal qu'un juré puisse démontrer de l'empathie envers un accusé ou un témoin tandis qu'un autre n'en démontrera pas. C'est pour ça que vous êtes 12, pour qu'à la fin vous puissiez délibérer, discuter de ce que vous avez entendu, ce que vous avez observé.

Le juré arrive ici avec un bagage et, évidemment, ce bagage là influence ses décisions, sa façon de raisonner, sa façon de se comporter. Même chose arrive pour nous autres les juges.

Ce qui est important, c'est que les jurés écoutent attentivement. Évidemment, il faut écouter la preuve et demeurer impartial et garder un esprit ouvert jusqu'au moment où vous avez entendu toute la preuve. Et je veux vous rappeler votre serment en tant que juré. Donc je vous

rappelle l'importance de votre serment. Il signifie que vous vous êtes engagés à écouter attentivement la preuve qui sera présentée et à décider de la présente affaire en vous basant uniquement sur cette preuve et sur les directives que je vous donne. Donc je suis confiante que vous allez pouvoir faire ça.

Je veux vous rappeler aussi les principes fondamentaux tels que : la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve. Donc l'accusé est présumé innocent de l'infraction qu'on lui reproche. La présomption d'innocence s'applique tout au long du procès. Il ne cesse de s'appliquer que si à la fin du procès et à la lumière de l'ensemble de la preuve la Couronne vous convainc, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé est coupable des chefs d'accusation qu'on lui reproche.

En raison de la présomption d'innocence, l'accusé n'est jamais tenu de témoigner, de présenter de la preuve ou de prouver quoique ce soit. Il incombe à la Couronne de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Si la Couronne ne vous convainc pas de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable, vous devrez déclarer l'accusé non coupable des chefs d'accusation.

Donc, en résumé, oui je m'attends que vous écoutez attentivement ; oui je m'attends que vous respectez votre serment mais, par contre, vous êtes douze personnes ordinaires comme moi, comme tout le monde, avec ses forces et ses faiblesses et on va vivre avec ça.

[63] L'appelant, dont l'avocat n'est plus celui qui l'a représenté au procès, prétend maintenant que la démarche suivie en première instance n'est pas conforme au droit et qu'elle l'a effectivement privé d'un procès juste et équitable. Il soutient que le mot « empathie » est communément employé dans le sens attribué au mot « antipathie » dans les dictionnaires et que c'est ainsi qu'il faut comprendre la question posée par le président du jury. Cela étant, il fallait que la juge du procès enquête sur les préoccupations exprimées par le président du jury afin d'écartier tout doute quant à l'impartialité des jurés. Je ne partage pas cet avis pour les motifs suivants.

- [64] L'empathie est la faculté de s'identifier à quelqu'un, de ressentir ce que cette personne ressent. Le mot « antipathie » a un sens tout à fait différent, voire antipodal, car il désigne, du moins dans son emploi moderne, une aversion irraisonnée à l'égard d'autrui. Contrairement aux prétentions de l'appelant, le mot « empathie » n'est pas communément employé comme substitut du mot « antipathie ».
- [65] Les mots « antipathie » et « sympathie » sont antonymiques. En revanche, le mot « empathie » est parfois utilisé dans le sens de « sympathie ». Cela n'a rien d'étonnant puisque qu'un des sens attribué au premier s'apparente à un de ceux qu'on donne au second, soit le « fait de ressentir tout ce qui touche autrui » (voir Paul Robert, *Le Grand Robert de la langue française* (2^{ième} éd., Tome VI, p. 925; 2001).
- [66] Le président du jury a employé le mot « empathie ». Il n'est pas impossible qu'il l'ait employé dans le sens de « sympathie ». Cependant, il est tout à fait invraisemblable qu'il ait choisi le mot « empathie », pour faire allusion à de l'antipathie.
- [67] À ce propos, il vaut de rappeler que le président demandait si la poursuite pouvait exiger l'exclusion d'un juré pour l'un ou l'autre des motifs qu'il a énumérés, y compris l'empathie envers l'accusé. À l'évidence, les comportements en question ne posaient pas problème, du moins dans l'esprit du président, pour la défense. Force est de supposer qu'il en aurait été autrement s'il avait réellement décelé de l'antipathie envers l'accusé.
- [68] Par ailleurs, certains jurés auraient pu facilement ressentir de l'empathie et/ou de la sympathie pour l'accusé, compte tenu du fait qu'il avait à répondre à des accusations portant sur des événements qui remontaient à plus de 20 ans. Cela dit, ces jurés auraient pu tout aussi facilement avoir de l'empathie et/ou de la sympathie pour toute victime de crimes sexuels, y compris ceux dénoncés dans l'acte d'accusation. À cet égard, il convient de rappeler les observations de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, [2001] A.C.S. n° 34 (QL), 2001 CSC 32 :

Il est impossible d'assimiler automatiquement des émotions vives à un préjugé injuste et préjudiciable visant l'accusé. On n'attend pas des jurés qu'ils soient indifférents aux crimes qui sont commis, ni à ce qu'ils restent neutres à l'égard des personnes dont la preuve démontre qu'elles en sont les auteurs. Si c'était le cas, on demanderait régulièrement et avec succès la récusation de jurés, préalablement à tout procès pour une infraction criminelle grave. On admet plutôt qu'il arrivera souvent que des jurés trouvent odieux le crime reproché à l'accusé - d'ailleurs il serait même alarmant que les représentants de la collectivité ne déplorent pas les actes criminels odieux. Il serait également alarmant que les jurés n'éprouvent pas d'empathie ou de compassion envers les victimes de tels actes. Ces faits n'établissent pas à eux seuls l'existence d'un préjugé. Il n'y a tout simplement aucune indication que ces attitudes, louables en soi, indisposent injustement des jurés contre l'accusé ou les prédisposent à le déclarer coupable. Elles sont présentes dans les procès visant nombre d'infractions graves et n'ont jamais fondé le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. [par. 71]

[J'ai souligné.]

Enfin, j'ajouterais que ces mêmes jurés auraient pu ressentir, pour une foule de raisons, de l'empathie et/ou de la sympathie envers la plaignante et les autres témoins à charge sans pour autant qu'ils soient disposés à bafouer leur serment, notamment en faisant fi de la présomption d'innocence, du fardeau de la preuve et de la règle du doute raisonnable.

[69] À mon avis, la juge du procès était, mieux que quiconque, en mesure d'apprécier le contexte dans lequel la question du président avait été posée, la nature et le sérieux du problème sous-jacent, et d'élaborer la solution la mieux adaptée à la situation. De façon plus générale, j'estime que le suivi qu'il convient de donner au procès à une question du jury relève de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Il s'ensuit qu'une cour d'appel ne saurait intervenir que si ce suivi est tributaire d'une erreur soit de droit ou de principe, d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation des circonstances pertinentes ou si le suivi lui-même est à ce point mal adaptée qu'on ne saurait faire autre que le qualifier de déraisonnable. Compte tenu de la teneur de la question posée par le président du jury, de l'aval de la défense à la démarche proposée et ensuite concrétisée

par la juge du procès, de la position privilégiée qu'occupent les juges de procès en pareilles circonstances et de la norme de contrôle applicable, je suis d'avis qu'une intervention par cette cour n'est aucunement justifiée.

B. *L'éthique des observations finales du substitut du procureur général*

[70] Les principes pertinents sont bien connus. Ils ont été recensés à maintes reprises, notamment dans les arrêts *R. c. Joyce (K.R.)* (1998), 203 R.N.-B. (2^e) 1 (C.A.), [1998] A.N.-B. n^o 312 (QL) et *R. c. Melanson (S.A.)* (2007), 325 R.N.-B. (2^e) 203, [2007] A.N.-B. n^o 474 (QL), 2007 NBCA 94 (le juge Richard, au nom de la formation). À mon avis, il suffit, pour trancher le présent débat, de donner suite aux observations que l'on retrouve dans l'affaire *Joyce* :

Il est acquis en droit que l'avocat de la Couronne ne peut formuler d'opinion personnelle lorsqu'il s'adresse au jury *R. c. Leaver*, [1998] A.N.-B. n^o 238 (QL); *R. c. Finta* (1992), 73 C.C.C. (3d) 65 (C.A. Ont.), décision confirmée dans [1994] 1 R.C.S. 701). Cette règle est le corollaire du principe général qui impose aux avocats de la Couronne l'obligation éthique de faire en sorte qu'un procès équitable ne soit pas dénié au prévenu du fait de leurs paroles ou de leurs actes. Il ne s'ensuit nullement que les observations de l'avocat de la Couronne doivent demeurer ternes et se garder d'une éloquence persuasive. Des observations finales vigoureuses sont attendues de sa part : le système accusatoire exige que le procureur agisse et s'exprime avec conviction. Les écarts à éviter sont l'expression d'opinions personnelles, la déformation de la preuve et les excès oratoires qui compromettent le droit de l'accusé à un procès équitable fondé sur la preuve et sur le droit. [par. 29]

[J'ai souligné.]

[71] L'appelant met en cause les propos suivants du substitut du procureur général concernant l'entretien téléphonique qu'il a eu avec la plaignante le 31 mars 2005 :

[...] puis moi, je vais vous dire que si [la plaignante] avait appelé [l'appelant] pour de l'argent, [...] si [elle] était après l'appeler pour de l'argent, [elle] aurait probablement jâsé avec [la fille de l'appelant] un p'tit peu avant de se faire transférer le téléphone à [l'appelant]. Et de plus, elle n'aurait jamais commencé une conversation quand elle voulait de l'argent, avec des mots [TRADUCTION] « Je ne te hais pas [G.S.] ».

[...] Moi je suggère que ce n'est pas une approche qui serait raisonnable et ce n'est pas compatible avec ce que – que [la plaignante] nous dit et ce que [l'appelant] nous dit. Quand on veut de l'argent, on n'approche pas une personne de cette façon là.

[...] Moi ce que je vous suggère qui est arrivé c'est que quand que [la plaignante] a commencé – quand que [l'appelant] a réalisé pourquoi que [la plaignante] appelait, pour le confronter pour l'affaire de l'agression sexuelle, sa femme est là, sa fille est là, il a tout simplement paniqué. C'est lui qui a commencé à parler de l'argent. Pas elle.

L'appelant soutient que ces observations véhiculent des opinions personnelles dont l'expression a compromis son droit à un procès juste et équitable Avec égard, je ne puis souscrire à cet avis.

[72] La juge du procès a indiqué aux jurés, à maintes reprises, qu'il fallait qu'ils se servent de leur « bon sens ». Ainsi elle leur a dit que le doute raisonnable repose sur le « bon sens » et qu'ils devaient se servir de leur « bon sens » pour décider si les témoins avaient dit la vérité. De plus, elle a invité les jurés à se servir de leur « bon sens » pour décider si l'appelant avait bel et bien fait les déclarations qui lui étaient attribuées, notamment celles du 31 mars 2005. Pour sa part, l'avocat de la défense a plaidé que le « bon sens » militait en faveur de la thèse de son client, soit celle de la crédibilité de ses dénégations d'inconduite sexuelle, de son innocence totale et d'un « coup monté » par la plaignante et sa famille. En pareilles circonstances, il incombait au substitut du procureur de la couronne de participer au débat et de faire valoir avec vigueur que le « bon sens », tel que la poursuite le concevait, soutenait la thèse contraire, soit celle étayée par le témoignage de la plaignante et des autres témoins à charge. S'il est vrai qu'il aurait été

préférable que le substitut du procureur général utilise des formules dépourvues de « je » et de « moi », il ne fait aucun doute que leur emploi n'a pas compromis le droit de l'appelant à un procès juste et équitable (voir *Joyce*, par. 29).

[73] L'appelant met également en cause les observations suivantes au motif qu'elles constituent de l'excès oratoire et qu'elles traduisent une appréciation déformée de la preuve en ce qu'elles laissent « le jury avec l'impression claire et nette que l'appelant avait effectivement été seul avec la plaignante » :

Il faut se demander, pis je vous fais ce point là parce qu'il faut se demander sérieusement si [l'appelant] nous dit la vérité quand [...] il insiste qu'il n'a jamais été seul avec [la plaignante] pendant toutes ces visites là, pendant toutes ces années là, il insiste qu'il n'a jamais été seul avec [la plaignante]. Il faut se demander si c'est la vérité ça qu'y nous dit. Pis je vais vous dire que si [l'appelant] ne peut même pas admettre ça, y peut même pas admettre que y'aurait été seul avec [la plaignante], comment qu'y va admettre à sa femme pis à sa fille qu'y aurait abusé de [la plaignante], si y peut même pas admettre qu'y était tout seul avec elle. Ça affecte sa crédibilité.

[74] Avec égard, j'estime que ces observations sont tout à fait légitimes et indiquées quoique, il convient de le répéter, il aurait été préférable d'éviter l'emploi du « je ». Il importe de rappeler que la plaignante a témoigné qu'elle s'était retrouvée seule avec l'appelant à diverses reprises. C'est donc avec preuve à l'appui que le substitut du procureur général a fait les observations en cause. Par ailleurs, l'argument que ces observations véhiculent, quoique faible à mes yeux, était loin d'être inapproprié.

[75] Enfin, au regard de la teneur du débat dans lequel il était engagé au procès, le substitut du procureur ne pouvait faire autre que relever les éléments de preuve qui, selon son appréciation du dossier, mettaient en doute la véracité et la fiabilité du témoignage de l'appelant et des autres témoins à décharge, et ceux qui renforçaient la crédibilité du témoignage de la plaignante et de celui des autres témoins à l'appui des

accusations. En outre, il devait exprimer avec conviction la thèse de la poursuite et ses observations sur la crédibilité, la question au cœur du débat, devaient être particulièrement vigoureuses. Toute autre démarche aurait constitué un manquement aux obligations professionnelles du substitut du procureur général. À mon avis, il s'est acquitté de son mandat sans porter atteinte au droit de l'appelant à un procès juste et équitable.

C. *Les directives au jury portant sur les éléments de preuve à considérer*

[76] L'appelant soutient que la juge du procès a commis une importante erreur de droit lorsqu'elle a dit au jury « que le témoignage présenté sous serment lors du procès constitue la preuve de ce qui s'est réellement passé ». Le contexte immédiat de cette observation est le suivant :

[La plaignante, sa mère et son père] ont témoigné sous serment lors de l'enquête préliminaire tenue dans cette affaire le 24 septembre 2007. De plus, plusieurs témoins de la Couronne ont donné une déclaration écrite aux policiers dans le passé, je pense que c'était en 2005. En contre-interrogatoire, l'avocat de la défense a fait ressortir des différences ou des omissions entre le témoignage que les différents témoins de la couronne ont rendu en cour ici devant vous et le témoignage qu'ils ont donné lors de l'enquête préliminaire ou encore la déclaration donnée aux policiers.

[...]

Les différences ou omissions n'ont pas toutes la même importance. Vous devez tenir compte de toute explication fournie par le témoin au sujet des différences. Vous devez aussi examiner la nature et l'étendue des différences au moment de décider d'accepter ou non le témoignage du témoin. Au moment de considérer les différences, vous devez vous rappeler que le témoignage présenté sous serment lors du procès constitue la preuve de ce qui s'est réellement passé. Vous ne pouvez pas vous servir de la déclaration antérieure en tant que preuve de ce qui s'est réellement passé, à moins de conclure que le témoin l'a

reconnue comme vraie alors qu'il se trouvait à la barre des témoins. Il vous appartient de décider de la valeur à accorder à une telle preuve, comme vous le faites à l'égard de la preuve présentée par d'autres témoins.

[J'ai souligné.]

[77] Je m'empresse de noter que ces observations ont été faites peu après que la juge ait indiqué au jury que « lorsqu'un témoin déclare quelque chose à la barre des témoins alors qu'il a dit tout autre chose dans le passé, la valeur que vous accorderez à son témoignage peut en être diminuée ». À mon avis, compte tenu de cette directive et de l'ensemble de l'exposé du juge, les jurés ne pouvaient faire autre que comprendre qu'ils devaient prendre en compte les divergences et les contradictions relevées par l'avocat de la défense en contre-interrogatoire dans leur appréciation de la crédibilité des témoins à charge, y compris celle de la plaignante.

[78] L'appelant proteste que le passage que je viens de souligner n'est pas conforme au droit puisqu'il est de jurisprudence constante que des éléments de preuve autres que le témoignage présenté sous serment au procès peuvent soulever un doute raisonnable. Par ailleurs, il soutient que les directives concernant ses propres déclarations antérieures étaient ambigües et que l'exposé ne contenait « aucune directive se conformant à l'arrêt *R. c. R.S.L.* (2006), 300 R.N.-B. (2^e) 24, [2006] A.N.-B. n^o 226 (QL), 2006 NBCA 64 ».

[79] Dans l'affaire *R.S.L.*, l'accusé n'avait pas témoigné et le juge du procès avait fait une importante erreur de droit en avisant les jurés qu'une déclaration extrajudiciaire de l'accusé, cotée comme pièce à conviction et contradictoire, du moins à certains égards, avec la thèse de la poursuite ne pouvait susciter un doute raisonnable à moins qu'elle ne soit acceptée comme vraie par eux. Le juge Richard, qui a livré les motifs de jugement de la formation, fournit l'éclairage suivant sur le sujet :

Je ne vois aucune raison valable de traiter une déclaration exculpatrice de l'accusé qui est produite par le ministère public différemment d'une preuve produite par la défense. Dans les deux cas, le juge du procès devrait informer le

jury que le principe du doute raisonnable s'applique à la crédibilité, que la déclaration exculpatoire peut susciter un doute raisonnable même si elle n'est pas acceptée, que le jury n'est pas obligé de décider entre des preuves contradictoires s'il se sent incapable de le faire et que des preuves contradictoires peuvent susciter un doute raisonnable.

En l'espèce, le juge du procès n'a donné au jury aucune directive du genre, et le reste de son exposé ne contenait pas d'autres directives corrigeant cette omission. Dans l'affaire *Campbell*, le jury s'était fait dire qu'il avait le devoir de déclarer la culpabilité uniquement s'il pouvait s'appuyer sur des preuves acceptables et crédibles. Si tel avait été l'effet de l'extrait contesté de l'exposé en l'espèce, la décision sur ce moyen d'appel pourrait fort bien être la même que dans l'arrêt *Campbell*. Toutefois, la directive donnée par le juge du procès en l'espèce est sans équivoque: le jury doit rejeter les éléments de preuve qu'il ne croit pas hors de tout doute raisonnable et ne peut fonder sur eux son verdict. Les jurés se sont fait dire clairement que, en rendant une décision, ils ne pouvaient s'appuyer sur des éléments de preuve qu'ils n'avaient pas admis comme vrais hors de tout doute raisonnable. Comme l'indique l'arrêt *R. c. Miller* (1991), 68 C.C.C. (3d) 517 (C.A. Ont.), à la page 541, cette directive [TRADUCTION] "avait pour effet d'empêcher le jury de tenir compte des éléments de preuve qu'il n'avait ni acceptés ni rejetés et sur lesquels il entretenait un doute raisonnable, et de tenir compte seulement des éléments de preuve restants pour en arriver à son verdict".

Dans les arrêts *R. c. Johnson*, [1997] B.C.J. No. 623 (C.A.) (QL), et *R. c. Allen*, [1999] B.C.J. No. 488 (C.A.) (QL), ainsi que dans l'arrêt *R. c. Bush* (1999), 136 C.C.C. (3d) 569 (C.A.C.-B.), la Cour a statué que le juge du procès donne une directive gravement erronée s'il enjoint au jury de ne pas tenir compte, en parvenant à son verdict, des éléments de preuve qu'il a décidé de ne pas accepter. Comme l'a expliqué le juge d'appel Braidwood dans l'arrêt *Allen*, [TRADUCTION] "[l]'erreur [...] consiste essentiellement dans le fait d'empêcher le jury de tenir compte des éléments de preuve qu'il a rejetés, mais au sujet desquels il a pu entretenir un doute raisonnable".

Avec égards, je suis d'avis que les directives contestées en l'espèce comportent des lacunes graves et que rien dans le reste de l'exposé du juge du procès au jury n'a eu pour effet de corriger cette erreur. Bien que le jury ait reçu des directives sur la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve, et bien que les directives données au sujet du témoignage de M.P. aient signalé qu'une preuve qui a [TRADUCTION] "une force probante insuffisante pour déclarer l'accusé coupable" peut quand même susciter un doute raisonnable, le message inculqué au jury au sujet des dénégations de R.L. était qu'il pouvait tenir compte de cet élément de preuve pour parvenir à un verdict, y compris un verdict favorable à l'accusé, seulement s'il le croyait hors de tout doute raisonnable. Cette directive empêchait le jury de tenir compte de tout élément de preuve qu'il ne croyait pas hors de tout doute raisonnable, même s'il était susceptible d'inspirer au jury un doute raisonnable. [pars. 100-103]

[80] La donne est toute autre dans l'affaire qui nous occupe. L'appelant a témoigné, donnant de vive voix sa version des faits et, à la différence du juge de procès dans l'affaire *R.S.L.*, la juge en l'espèce n'a pas commis l'erreur cernée par le juge Richard. De fait, elle a donné des directives à l'égard des déclarations extrajudiciaires de l'appelant qui sont conformes aux exigences établies dans l'arrêt *R.S.L.*:

Vous avez entendu le témoignage de plusieurs témoins qui ont déclaré avoir entendu [l'appelant] dire certaines choses. De fait, chaque témoin [...] nous a relaté une ou plusieurs déclarations que [l'appelant] aurait faites en leur présence. Vous devez décider si vous croyez que [l'appelant] a fait tout ou partie de la déclaration. Peu importe l'identité du témoin, il vous appartient de décider de croire ou non son témoignage au sujet de cette déclaration. Pour décider si [l'appelant] a fait tout ou partie de ces déclarations, servez vous de votre bon sens. Tenez compte de l'état dans lequel se trouvaient [l'appelant] et le témoin au moment de la conversation ou la discussion, des circonstances dans lesquelles la conversation ou la discussion a eu lieu et de tout autre élément susceptible de rendre plus ou moins digne de foi le témoignage du témoin. Le fait qu'un témoin ait enregistré une conversation ou pris des notes à ce sujet ne détermine pas en soi la fiabilité de son témoignage. Il s'agit toutefois d'un des éléments dont vous pouvez tenir compte pour décider si [l'appelant] a fait tout ou partie de

la déclaration. À moins que vous ne décidiez que [l'appelant] a fait la déclaration rapportée par le témoin, vous ne pouvez pas en tenir compte pour décider de la présente affaire. Certaines déclarations, en totalité ou en partie, peuvent aider [l'appelant] dans sa défense. À moins que vous n'arriviez à la conclusion que [l'appelant] n'a pas fait ces déclarations, vous devez tenir compte de celle-ci et de tous les autres éléments de preuve. En d'autres mots, même si vous n'êtes pas tout à fait certain que [l'appelant] a fait les déclarations, vous devez tenir compte de toutes les remarques susceptibles de l'aider. Si vous décidez que [l'appelant] a fait une remarque susceptible de l'aider dans sa défense, ou si vous n'êtes pas certains qu'il l'a faite, vous tenez alors compte de cette remarque, ainsi que des autres éléments de preuve, pour déterminer si vous avez un doute raisonnable quant à la culpabilité de [l'appelant].

[J'ai souligné.]

Avec égard pour l'avis contraire exprimé par l'appelant, j'estime que ces directives ne souffrent d'aucune ambiguïté. Selon moi, elles sont limpides.

[81] Par ailleurs, la juge du procès en l'espèce a donné des directives fidèles aux énoncés que renferment les motifs de jugement dans l'arrêt *R. c. W. (D.)* :

Vous ne décider pas si quelque chose a eu lieu simplement en comparant la version de [l'appelant] avec la version de [la plaignante], et en choisissant l'une d'entre elle. Vous devez considérer toute la preuve et décider si vous avez été convaincu au delà de tout doute raisonnable que les événements, qui forment la base de chaque chef d'accusation, en fait, ont eu lieu. Si vous croyez le témoignage de [l'appelant] selon lequel il n'a pas commis les infractions reprochées, vous devez l'acquitter de toutes les infractions. Même si vous ne croyez pas le témoignage de [l'appelant], mais que son témoignage soulève néanmoins dans votre esprit un doute raisonnable quant à sa culpabilité d'une ou de plusieurs infractions reprochées, vous devez l'acquitter de cette ou ces infractions. Si vous ne savez pas qui croire concernant une ou plusieurs infractions, vous avez alors un doute raisonnable et devez acquitter [l'appelant] de cette ou ces infractions. Même si le témoignage de [l'appelant] ne soulève pas dans votre esprit un doute raisonnable quant à sa culpabilité d'une infraction

reprochée, si après avoir considéré la preuve que vous acceptez, vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de [l'appelant], vous devez l'acquitter de une ou plusieurs ou toutes les infractions.

[J'ai souligné.]

J'ai cessé de compter après avoir dénombré une vingtaine d'injonctions au jury de fonder chacun de ses verdicts sur « la preuve ».

[82] Ces directives doivent évidemment s'apprécier à la lumière de la description que la juge avait précédemment donnée de ce que « la preuve » comportait :

Pour décider des faits dans la présente affaire, vous ne devez examiner que la preuve qui vous est présentée dans la salle d'audience. La preuve est constituée de témoignages et de pièces produites. Les réponses d'un témoin aux questions, par contre, ne constituent pas de la preuve, à moins que le témoin ne soit d'accord avec ce qui est demandé. Seules les réponses du témoin constituent de la preuve. La preuve comprend aussi toutes les pièces que j'ai cotées ; c'est-à-dire les photos, les courriels, les cartes, les lettres, les schémas, et cetera. Lorsque vous irez dans la salle des jurés pour décider de la présente affaire, les pièces vous seront acheminées. Vous pouvez les examiner. La décision et la manière de les examiner sont laissées à votre discrétion. Les pièces sont des éléments de preuve au même titre que tous les autres éléments de preuve.

[J'ai souligné.]

[83] Certes, il aurait été préférable que la juge dise aux jurés que seule la preuve présentée au procès pouvait faire la lumière sur ce qui s'était passé au lieu d'employer la formule que l'appelant conteste, savoir « que le témoignage présenté sous serment lors du procès constitue la preuve de ce qui s'est réellement passé [j'ai souligné] ». Cela dit, il n'y a pas lieu d'apprécier isolément la directive en question : il faut en faire l'examen en tenant compte du contexte et de l'ensemble de l'exposé de la juge, et en gardant toujours à l'esprit que l'objectif ultime est de déterminer si le jury a reçu des directives lui permettant de comprendre la preuve et de s'acquitter de son mandat décisionnel (voir *R. c. O'Brien (R.S.)* (2003), 257 R.N.-B. (2^e) 243, [2003] A.N.-

B. n° 153 (QL), 2003 NBCA 28, par. 26). Dans l'arrêt *R. c. Layton*, [2009] A.C.S. n° 36, 2009 CSC 36, le juge Cromwell, dissident sur le fond, reprend le même thème :

À mon avis, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont fait erreur en n'adoptant pas une approche fonctionnelle et pratique lors de leur examen de l'exposé de la juge du procès, et de la reprise de celui-ci par cette dernière. Le tribunal de révision chargé d'examiner les directives données par le juge du procès au jury doit s'attacher au "message général qui a vraisemblablement été transmis au jury par les termes utilisés [...]. Le juge du procès n'est pas tenu à la perfection dans la formulation de ses directives. L'accusé a droit à un jury qui a reçu des directives appropriées, et non des directives parfaites [...]. C'est l'effet global de l'exposé qui compte" : *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 31. Le tribunal de révision ne doit pas se laisser distraire de la question fondamentale visée par un tel appel, et cette question n'est pas de savoir si les directives du juge auraient pu être meilleures. En l'espèce, il s'agit de décider si, considérés dans leur ensemble, l'exposé et la reprise de celui-ci font naître une probabilité raisonnable que le jury n'ait pas compris que, en droit, le ministère public doit prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable : *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 41. [par. 40]

Eu égard notamment aux extraits de l'exposé de la juge reproduits ci-dessus et au fait que celui-ci renferme des directives exemplaires sur la preuve soumise au procès, la thèse de la défense et le droit pertinent, notamment à l'égard de la présomption d'innocence, du fardeau de la preuve et de la règle du doute raisonnable, force m'est de constater que le jury avait en main les moyens requis pour s'acquitter de son mandat décisionnel conformément au droit.

D. *La question des infractions incluses*

[84] Lorsque la question lui a été posée par la juge du procès, l'avocat de la défense a fourni une réponse on ne peut plus claire et catégorique : il n'était pas question d'infractions incluses. La stratégie de la défense était claire : « c'est tout ou rien ». Après

tout, l'appelant avait nié sous serment l'intégralité des allégations d'inconduite sexuelle, y compris, il convient de le souligner, la grossière indécence ciblée par les chefs d'accusation 1 et 4. Par voie de conséquence, il ne pouvait plaider en faveur d'une condamnation pour grossière indécence au lieu de l'agression sexuelle qui lui était reprochée dans les chefs 3 et 6 sans que sa dénégation sous serment ne subisse une importante dilution de sa force persuasive. Il va sans dire qu'une directive correspondante de la juge au jury aurait, de façon plus générale, miné la thèse de la défense. En pareilles circonstances, une cour ne saurait facilement permettre à un accusé de répudier en appel la position qu'il a communiquée et effectivement imposée en première instance. Cela dit, je préfère trancher cette question sur le fond.

[85] Les circonstances qui doivent être réunies pour qu'une infraction soit comprise dans une autre n'ont pas changé depuis le début des années 1980. Elles sont précisées dans l'arrêt *R. c. G.R.*, [2005] R.C.S. 371, [2005] A.C.S. n° 45 (QL), 2005 CSC 45 :

En common law, lorsqu'une infraction comportait plusieurs éléments constitutifs ("infraction divisible"), le jury pouvait déclarer une personne coupable de toute infraction [TRADUCTION] "dont les éléments constitutifs étaient compris dans l'infraction imputée, sous réserve de la règle selon laquelle le jury ne pouvait pas prononcer une déclaration de culpabilité d'infraction mineure lorsque l'acte d'accusation imputait un crime grave" (*Simpson*, p. 132-133). La loi écrite traite maintenant de cette question et l'art. 662 autorise les déclarations de culpabilité d'infractions "incluses" dans le cas seulement de trois catégories d'infractions :

a) les infractions incluses par la loi comme, par exemple, celles qui sont mentionnées aux par. 662(2) à (6), et les tentatives de commettre une infraction, dont fait état l'art. 660;

b) les infractions incluses dans la loi qui crée l'infraction imputée comme, par exemple, les voies de fait simples dans une accusation d'agression sexuelle;

c) les infractions qui deviennent incluses par l'ajout de mots appropriés dans la description de l'accusation principale.

Aucune de ces catégories ne mentionne le "caractère suffisant" des détails factuels de l'affaire à l'origine de l'accusation. Il s'agit là d'un sujet totalement différent dont traite l'art. 581 du *Code*. [par. 29]

[86] Étant donné, d'une part, qu'aucune disposition du *Code criminel* (1970) ne prévoyait que la grossière indécence était une infraction comprise dans celle de l'agression sexuelle et que, d'autre part, la description de l'infraction d'agression sexuelle fournie par les chefs d'accusation 3 et 6 ne renferme pas de mots susceptibles d'inclure la grossière indécence, la prétention de l'appelant ne saurait être retenue que si les éléments constitutifs de l'agression sexuelle aux termes de l'al. 246.1(1)a) du *Code Criminel* (1970) comprenaient ceux prévus à l'art. 157. À cet égard, il convient de préciser qu'il ne suffit pas que la preuve soumise au procès démontre que la perpétration de l'infraction alléguée (en l'espèce, l'agression sexuelle) a nécessairement comporté la perpétration d'autres infractions (la grossière indécence dans le cas qui nous occupe) (voir *R. c. G.R.* pour l'énoncé du principe général).

[87] Il vaut également de rappeler que l'agression sexuelle au sens de l'al. 246.1(1)a) du *Code Criminel* (1970) pouvait être commise à l'endroit d'une personne adulte et que ce qui aurait constitué de la grossière indécence à l'égard d'une jeune personne aurait pu ne pas l'être entre adultes (voir *R. c. Lefebvre* (1978), 4 C.R. (3d) 164 (C.S.P.), [1978] J.Q. n° 227 (QL). Par ailleurs, l'infraction créée par l'al. 246.1(1)a) ne pouvait être commise sans voies de fait alors qu'il en était tout autrement de la grossière indécence en vertu de l'art. 157. Il n'y a donc pas la symétrie juridique requise entre les éléments constitutifs des deux infractions.

[88] Du point de vue strictement juridique, l'infraction prévue à l'al. 246.1(1)a) pouvait être commise sans la perpétration d'une infraction aux termes de l'art. 157. Il s'ensuit que celle-ci n'était pas une infraction incluse dans l'autre et que la juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne donnant pas de directives qui auraient ouvert la voie à une

déclaration de culpabilité pour grossière indécence comme dispositif pour les chefs d'accusation 3 et 6 (agression sexuelle). De fait, la juge du procès aurait sombré dans l'erreur si elle avait donné les directives revendiquées en appel.

IV. Conclusion et dispositif

[89] Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis que les moyens d'appel sont dénués de fondement. La juge du procès n'a pas commis les erreurs qui lui sont reprochées et rien dans les observations finales du substitut du procureur général n'a compromis le droit de l'appelant à un procès juste et équitable.

[90] Il s'ensuit que je rejetterais l'appel.

J.E. DRAPEAU, C.J.N.B

I. Introduction

[1] This appeal arises out of a trial before judge and jury that, in the fall of 2008, culminated in the appellant's conviction for gross indecency, indecent assault and sexual assault of his niece. It is her evidence that the acts in question were committed more than two decades earlier, during the first half of the 1980s. She was a young girl at the time.

[2] At trial, the appellant contradicted under oath every incriminating aspect of his niece's testimony and that of the other Crown witnesses. To explain why the complaints of sexual criminality for which he stood charged were formulated, the appellant claimed they were an integral part of a scheme that his niece and her immediate family concocted to extract money from him and which they pursued through a complaint to the police and the ensuing judicial proceedings as reprisals for his failure to accede to their demands.

[3] Credibility having emerged as a central issue, the trial judge gave the jury instructions in accordance with the model laid out in *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL). She also provided an explanation of the presumption of innocence, as well as insights into the burden of proof and the rule of reasonable doubt that are in synch with the pronouncements on point found in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, [1997] S.C.J. No. 77 (QL). After deliberating, the jury rejected the defence's submissions, evidently choosing to believe the complainant's version rather than the appellant's, and returned a verdict of guilty for each offence set out in the indictment.

[4] As we shall see, the grounds of appeal take issue with the judge's response to a question raised by the jury foreman, the instructions pertaining to the evidence the jury was entitled to consider in fulfilling its adjudicative mandate, the lack of instructions on included offences and the ethics of Crown counsel's closing address. In the reasons that follow, I summarize the salient features of the evidence adduced at trial, including, as might be expected, the testimony of the complainant and that of the appellant, before dissecting the grounds of appeal and assessing them in light of the governing principles. Ultimately, that analysis leads me to conclude the grounds of appeal are bereft of merit and the appeal should be dismissed.

II. The context

[5] The appellant is the sole brother of the complainant's father. They have no sisters. At the time of the alleged offences, the appellant and his wife resided in Edmundston while the complainant and her family lived in Bathurst. The families visited each other regularly, sometimes at the appellant's home, sometimes at the complainant's. According to her, it is during these visits that the appellant committed the crimes set out in the six-count indictment. He is charged therein with having:

[TRANSLATION]

1. between January 1, 1981, and December 31, 1984, at or near Edmundston, in New Brunswick, [...] committed an act of gross indecency with [the complainant], thereby committing an indictable offence contrary to and in violation of s. 157 of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34, and amendments thereto;
2. between January 1, 1981, and January 4, 1983, at or near Edmundston, in New Brunswick, [...] indecently assaulted [the complainant], a female person, thereby committing an indictable offence, contrary to and in violation of s. 149(1) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34, and amendments thereto;

3. between January 3, 1983, and December 31, 1984, at or near Edmundston, in New Brunswick, [...] sexually assaulted [the complainant], thereby committing an indictable offence, contrary to and in violation of s. 246.1(1)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34, and amendments thereto;
4. between January 1, 1981, and December 31, 1984, at or near Bathurst, in New Brunswick, [...] committed an act of gross indecency with [the complainant], thereby committing an indictable offence contrary to and in violation of s. 157 of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34, and amendments thereto;
5. between January 1, 1981, and January 4, 1983, at or near Bathurst, in New Brunswick, [...] indecently assaulted [the complainant], a female person, thereby committing an indictable offence, contrary to and in violation of s. 149(1) of the *Criminal Code of Canada*, R.S.C. 1970, c. C-34, and amendments thereto;
6. between January 3, 1983, and December 31, 1984, at or near Bathurst, in New Brunswick, [...] sexually assaulted [the complainant], thereby committing an indictable offence, contrary to and in violation of s. 246.1(1)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34, and amendments thereto.

[6] During the timeframe specified in the first and fourth counts (“between January 1, 1981, and December 31, 1984”), s. 157 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 provided that every one who committed an act of gross indecency with another person was guilty of an indictable offence and was liable to imprisonment for five years. The legislation repealing s. 157 was enacted in 1985 and proclaimed on January 1, 1988. At the time indicated in the second and fifth counts (“between January 1, 1981, and January 4, 1983”), s. 149(1) of the *Criminal Code* (1970) provided that every one who indecently assaulted a female person was guilty of an indictable offence and was liable to imprisonment for five years. Section 149(1) was repealed on January 4, 1983. Finally, s. 246.1(1)(a), referred to in the third and sixth counts was proclaimed on January 4,

1983. This provision stipulated that every one who committed a sexual assault was guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for ten years or guilty of an offence punishable on summary conviction. This is now an offence under s. 271 of the *Criminal Code*, R.S.C. (1985), c. C-46.

[7] The defence did not apply for particulars under s. 587 of the *Criminal Code* (1985). Moreover, it assured the trial judge the jury need not be instructed to consider a verdict for included offences. Finally, the defence did not suggest the principle established in *Kienapple v. R.*, [1975] 1 S.C.R. 729, [1974] S.C.J. No. 76 (QL) (precluding multiple convictions for the same delict) was engaged in the circumstances of the case at bar. Defence counsel defined the stakes at trial as follows: “it’s all or nothing”.

[8] According to the complainant, the crimes at issue were committed in different places at the appellant’s home in Edmundston as well as in the basement of her home in Bathurst, when she was no more than 10 years old. They consisted of the appellant exposing his penis, insisting the complainant take her clothes off, inciting her to sexual touching, sexual touching and acts of fellatio.

[9] The trial started on August 25, 2008. During the few days that followed, seven witnesses were heard, four for the prosecution, namely the complainant, her sister and their parents, and three for the defence, namely the appellant, his wife and their daughter. In addition, several documentary items were tendered and received in evidence.

[10] The items tendered by the defence and received in evidence include a wedding anniversary card, three email messages the complainant’s mother sent to the appellant and his wife during the first half of 2004, two birthday cards the complainant’s father gave the appellant and a handwritten note the complainant sent to her cousin. There is no mention of any sexual abuse in these documents even though they were authored after the complainant disclosed the alleged sexual abuse to her family. On the other hand, none of the documents in question refer to financial difficulties or contain a request for financial assistance on behalf of the complainant or her father.

[11] What follows are the essential features of the testimony at trial.

A. Salient elements of the testimonial evidence

(1) The complainant

[12] The complainant was born on December 31, 1975. At the time of the trial, she is 32 years old, has a young daughter and is pregnant. She lives in Vancouver with her husband.

[13] The appellant is her godfather. She would occasionally spend the night at his place in Edmundston during family visits in the first half of the 1980s.

[14] The deviant behaviour targeted by the indictment starts in 1981, when she is five or six years old. It only ceases when she reaches the age of nine or ten. She is able to identify, within approximate boundaries, the relevant timeframes by reference to milestones such as when she started school (about the time when the sexual abuse starts) and the adoption by the appellant and his wife of their daughter (approximately when the sexual abuse ends).

[15] With respect to the charges for offences in Edmundston, the underlying acts take place in the basement, when the appellant and the complainant are not alone in the house; otherwise, the acts in question are committed in the living room on the ground floor.

[16] As for the charges in relation to the offences in Bathurst, the underlying acts are committed in the basement. The appellant would use the following pretext to send the complainant there: he would ask her to retrieve a beer or something else. When she complies, he follows her and commits the crimes described in the indictment, either in the laundry room or on a couch.

[17] The appellant forbids her to reveal their sexual activities to anyone, and she abides by his instructions for many years for a variety of reasons, including respect for older people, guilt for what took place and fear for what would happen to her if she disobeyed him. It is only when she is in high school, in the early 1990s, that she reveals her “secret”, first to a friend and then to her sister and to her parents. She is about 15 years old at the time.

[18] A few days later, the appellant comes to her home in Bathurst, apologizes to her and begs for forgiveness for having sexually abused her. He claims to have been sick at the time and pleads with her and her parents not to tell his wife or his mother about his misconduct. The complainant says she and her parents acquiesced to the appellant’s plea and did not file a complaint with the police at that time because her parents were worried about her paternal grandmother’s well-being and that of the appellant’s family (his daughter and his wife).

[19] She completes high school in 1993 and obtains a university degree in 1998. In 2000, she moves to Vancouver.

[20] The appellant sends her an email message to apologize. The message was deleted, without a copy being made and saved.

[21] In March of 2005, the complainant learns from her mother that the appellant is laying at her feet part of the blame for the above-mentioned sexual activities. Outraged, she calls him on March 31, 2005, to vent her anger. Much to her astonishment, the appellant’s first reaction is to laugh and to accuse her of exaggerating the seriousness of the incidents; he then talks to her as though she were asking him for money. The following is the complainant’s testimonial account of the telephone conversation:

And I said, “How could you say that”, you know, “that it was just as much as my fault?” I said, “Do you understand what you did?” And I said, “You know, I’m gonna leave it up to God to know”, you know, “and you know what you did”. He knows what he did. He knows what he did. And so

– He – And I said, “You made me put your penis in my mouth”. And I said that to him on the phone and he laughed.

And as soon as he laughed, I got more irate and I realized after, I knew all of these years even though my parents were still in contact because of hiding situations and my grandmother. I knew he wasn’t a changed man. Even how often he used to say that, I just I felt it in my heart that he was not changed. How could he do something to a little girl like this and – and be a changed man.

So I said, “I don’t believe you – you’re ever – you ever meaning your forgiveness”, like you ever were truthful. I said, “I believe that you weren’t”. And he laughed it off and he said, “You’re making it worse than it actually is”. And then – then I knew that there was no sense, I couldn’t make any sense of this conversation.

And during this conversation, for some reason, he thought that I had called because of some sort of money issue in which I absolutely never ever of – asked or anything once about money and never ever came between [him] and myself. And he said, “Oh, well I need this money”. And I said, “Money! It has nothing to do with money. I don’t want your dirty money”. And he said, “Dirty money, hey!” And I said, “I realize, you know what, this conversation has to end”. I said “I realize what kind of human being you are and God will take it up from here. And what goes around comes around”, like I had mentioned to you before. I said, “I’m gonna take it up with my lawyer”.

[22] Shortly after, she becomes even more exasperated upon receipt of a letter from the appellant’s lawyer (dated April 12, 2005) advising her to refrain from contacting the appellant. The letter, whose stated object is the complainant’s telephone call, reads as follows:

Please be advised that our services have been retained by your uncle [...] concerning your last telephone conversation with him.

Our client relates that the conversation was disturbing as it was harassing and threatening. Our client further related you were seeking money.

Please note our client is by no means a wealthy man and what limited resources he possesses are necessary to acquit his medical and related expenses.

Therefore please note that you are hereby formally advised to cease all contact with our client [...] whether it be in writing, by telephone, in person or by whatever means.

[Our client] is suffering a great deal and does not tolerate stress.

We trust this letter to be explicit. If you do not respect our client's demand we are authorized to take whatever further measures are necessary before the Courts to protect our client.

Shocked and upset, the complainant relates the contents of the letter to her father and decides to get the police involved, which she does by filing a written complaint in May 2005.

[23] On cross-examination, defence counsel tries as best he can to impugn the reliability of the complainant's memory and the credibility of her testimony. He zeroes in on certain discrepancies in the account of the facts she provided over the years, including the one contained in her written statement to the police and those she gave at the preliminary inquiry in the fall of 2007 and during her direct examination. It should be noted, parenthetically, that defence counsel did not request the complainant's written statement to the police be marked as an exhibit. Be that as it may, the strategy settled upon by counsel is applied during his other cross-examinations, namely those of the complainant's father and mother, both of whom also testified at the preliminary inquiry. Defence counsel underscores the friendliness of the handwritten note the complainant sent to her cousin and the significant delay between the alleged assaults and their disclosure to the complainant's family in 1991 and to the police in 2005. Finally, he suggests to the complainant that she called the appellant on March 31, 2005 for the sole purpose of soliciting money for her father, a contention she unequivocally denies.

(2) The complainant's sister

[24] She is the eldest of the family (born on February 11, 1972).

[25] She substantially confirms the complainant's testimony regarding the circumstances surrounding the disclosure in 1991, when she was 15 years old, of the sexual abuse by her uncle in the first half of the 1980s. It is her understanding that her father went to Edmundston the weekend following that disclosure. A few days later, the appellant comes unaccompanied to their home in Bathurst. He asks the complainant and her family to forgive him, claiming he was sick at the time of the sexual abuse.

[26] On cross-examination, defence counsel avoids any direct challenge of the testimony relating to the appellant's alleged request for forgiveness at the complainant's house in 1991. Instead, he concentrates his efforts on trying to elicit from the witness information that would contradict the complainant's testimonial description of the context in which the alleged abuses occurred.

(3) The complainant's mother

[27] She corroborates her daughters' testimony regarding the circumstances in which the complainant told her, in the early 1990s, about the sexual abuse at issue. She informs her husband that same day, immediately upon his arrival from work. After absorbing the emotional shock, they agree, for the time being, to do everything within their power so that the complainant's paternal grandmother, who is old and frail, will not find out about the appellant's misconduct. These concerns convince them not to involve the police at that time.

[28] In the days that follow, her husband advises he intends to attend his brother's home in Edmundston and to confront him in person. A few days after her husband's return home, the appellant arrives and, in front of the whole family, except for

the complainant's younger brother, admits everything and asks to be forgiven. He claims to have been sick when he abused the complainant.

[29] Following his departure, the complainant and her family agree once more not to involve the police. They decide to keep the abuse secret mainly for fear that its disclosure would have a harmful effect on the complainant's grandmother. The complainant's parents also agree to continue on with the family visits "to keep up appearances" and to avoid having to answer embarrassing questions from the appellant's mother and his wife.

[30] Although the appellant expresses unconditional remorse for his misconduct on several occasions after that, he gradually becomes more equivocal as time goes by. His evolving take on past events culminates in the statements he makes to the complainant's mother in a 2004 telephone conversation. On that occasion, he trivializes his misconduct, saying it involved nothing more serious than acts of fellatio, before adding that the complainant had to bear some of the blame. Stunned, the complainant's mother nevertheless decides not to relay these inarguably bizarre comments to her daughter, thinking it preferable she remain convinced the appellant's remorse is genuine and unconditional.

[31] However in March 2005, the complainant's mother relents and reveals to her the appellant's latest assertions. The following ensue: the complainant's March 31 phone call to the appellant; his lawyer's April 12 letter; and her father's trip to Edmundston on April 16 to tell his sister-in-law about the appellant's sexual abuse of the complainant decades earlier.

[32] On cross-examination, the complainant's mother states that, before the summer of 2004, the appellant often indicated he would like to provide financial assistance to the complainant. She acknowledges knowing the appellant received significant financial compensation for injuries sustained in a motor vehicle accident, but categorically denies having asked him for money. She says the appellant sent her email

messages expressing remorse and asking to be forgiven for his crimes. She concedes, however, the emails in question were no longer available because of their deletion from her computer without copies having been made. She admits she sent the appellant and his wife friendly cards and emails long after she learned of the sexual abuse for which the appellant stood charged.

(4) The complainant's father

[33] In 1991, soon after learning of the sexual abuse of his daughter, he travels to Edmundston and confronts the appellant in private. The appellant promptly admits everything before explaining that his heavy drinking was the root cause. He is convinced his wife will leave him if she is told about his misconduct and he pleads for it to be kept secret. The complainant's father acquiesces once the appellant promises to apologize and ask for forgiveness in person, which is what he does a few days later in Bathurst. In the years that follow, the appellant repeatedly expresses remorse for his misconduct and the wish that the complainant will, some day, forgive him.

[34] A few days after being informed of the contents of the April 12, 2005, letter, he goes to Edmundston and tells his sister-in-law about the appellant's sexual abuse of his daughter. The appellant then bursts into the room, protesting the allegations are slanderous. The appellant's wife joins in by asking the complainant's father if financial gain is not the real motive behind these accusations.

[35] On cross-examination, he confirms the complainant told him about the appellant's sexual assaults in 1991. He explains the family visits continued, despite everything, so as not to raise suspicion and questions in the minds of the appellant's mother and his wife. Officially, the relationship between the families is to remain essentially unchanged: the appellant's crimes are to be kept secret at all costs. However, all of that changes in 2005 when the appellant's lawyer sends the April 12 letter to the complainant. He acknowledges knowing the appellant received compensation for injuries sustained in a motor vehicle accident. However, he denies experiencing financial

difficulties from 2000 to 2005 and asking the appellant to bail him out. He admits transferring title to the family home in Bathurst to his son, but states the transfer was done for tax reasons and not because of financial difficulties.

(5) The appellant's daughter

[36] She is the first defence witness. At the time of trial, she is 23 years old and attends university. The alleged offences would have been committed before her birth in 1985.

[37] While at her parents' home in Edmundston around April 2005, she receives a telephone call from the complainant. After a brief conversation, the complainant asks her to pass the phone to the appellant. A few seconds later, she hears the appellant talk about "money" and say he has no money to give away because whatever funds he does have are required to meet his own needs and those of his family. It seems the appellant is interrupted by the complainant each time he alludes to money. Based on the appellant's remarks and without hearing what was said at the other end of the line, she concludes the complainant is asking for financial help.

[38] On cross-examination, she mentions the appellant had complained, prior to this phone call, that the complainant's parents were harassing him for financial help. She acknowledges, however, that she has no personal knowledge of their demands.

(6) The appellant

[39] The appellant is 58 years old at the time of the trial.

[40] In 1996, he sustains serious bodily injuries in an automobile accident, the consequences of which include his forced withdrawal from the workplace. Several years after commencing an action in tort, more specifically in June 2004, he accepts an out-of-court settlement which provides him with significant financial compensation.

[41] He unequivocally denies each allegation of sexual misconduct made by the complainant; that his brother came to his home in 1991 to confront him about these allegations or to ask him to come to Bathurst to apologize to the complainant; that he went to his brother's home at that time or shortly after to apologize; that he sent emails to the complainant or her mother in which he apologized and asked to be forgiven; and that the complainant brought up the matter of sexual abuse in their March 31, 2005, telephone conversation.

[42] The complainant's father's requests for financial assistance started before his lawsuit for damages was settled, but their frequency increased thereafter. The complainant's father told him he owed money to several creditors and that if the appellant did not come to his rescue, he would have to sell his home to pay off his debts.

[43] Concerning the March 31, 2005, telephone call, the complainant started the conversation by saying "I don't hate you uncle [...] but, you know, my father would need \$25,000 ...". When her request for money is refused, the complainant ends the conversation by saying "my lawyer is gonna contact your lawyer then". At no time did the complainant mention acts of sexual abuse. This is the only phone call she makes to solicit financial help for her father. That same day, the appellant retains a lawyer to forward the April 12, 2005 letter to the complainant. On cross-examination, he appears at a loss to explain why a similar letter was not sent to the complainant's father, who, according to him, had been harassing him for money non-stop for a long time.

[44] When the complainant's father comes to his home a few days later and advises his wife of the sexual abuse for which he would eventually be brought to trial, the appellant orders him to leave immediately. His brother then threatens him with physical violence before adding [TRANSLATION] "I'll make you eat your money!", "you should go to church, you're going to go to hell the both of you", that it was a big mistake to have a lawyer send the complainant a letter and that the matter would be brought to court. That

same day, on April 16, 2005, the appellant files a written complaint with the police with respect to the above-mentioned threats of physical violence.

[45] On cross-examination, the appellant adamantly insists he was never alone with the complainant, that he did not commit the acts of sexual abuse for which he stands charged and that, when his brother came to his house to tell his wife about this, he had had “enough” of being harassed for money. In addition, he claims he received an email from the complainant in which she wrote that her father needed \$200,000.00, that the appellant had promised to give her father \$25,000.00 and that the appellant’s wife had promised to give her \$20,000.00. The email in question was deleted from his computer and no copy is available. As a matter of fact, he does not remember the date it was sent or received. He concedes the complainant never asked him for money for herself. He remains convinced the purpose of his brother’s visit in April 2005 was to extract money from him. However, he admits having indicated in his written complaint to the police that it was him, and not the complainant’s father, who brought up the matter of financial assistance.

(7) The appellant’s wife

[46] They adopt their daughter in 1985. She is 13 days old at the time.

[47] The complainant never slept at her house in Edmundston so the appellant would never have had the opportunity to commit the abuse for which he is tried.

[48] The two families had a thoroughly normal relationship during the 1980s and 1990s, and until 2004. Nothing during the entire period causes her to suspect the appellant sexually abused the complainant.

[49] Well before the settlement of the appellant’s lawsuit, she warns him about the complainant’s father and mother asking for financial help. She tells the appellant not to give in to their demands. After the out-of-court settlement, the appellant often

complains of the complainant's family's persistent requests for financial assistance. She recalls overhearing the appellant refuse to provide financial assistance to his brother during a telephone conversation between the two.

[50] She substantially corroborates her daughter and the appellant's testimony regarding what he said during the March 31, 2005, telephone call with the complainant.

[51] She confirms the complainant's father came to her home in Edmundston in April 2005 and that he told her the appellant had sexually abused the complainant, by forcing her to commit acts of fellatio. Incredulous, she reacts by suggesting to the complainant's father he is trying to swindle them. At the same time, the appellant vehemently denies his niece's accusations before ordering his brother out of the house immediately.

[52] The police arrest her husband in January 2006.

[53] On cross-examination, she describes the accusations as "a frame-up", while nevertheless acknowledging she has no personal knowledge of the constituent elements of the alleged scam. More often than not, she confirms her husband's testimony, notably with respect to the March 31, 2005, telephone call and the complainant's father's subsequent visit. As she sees it, the prosecution's theory is devoid of plausibility since the complainant and her husband were never alone during family reunions. She remains convinced, deep down inside, of her husband's innocence.

B. *The theories put forth in the addresses of counsel*

[54] Counsel delivered their addresses on September 2, 2008. The judge's charge to the jury and the verdicts followed that same day.

[55] Briefly summarized, the defence's theory is as follows. The allegations of sexual abuse, of an apology and a plea for forgiveness by the accused are false. The

cordiality of the relationship between the complainant and her parents, on the one hand, and the appellant, on the other, while the offences were allegedly committed and until the mid 2000s, refutes the theory advanced by the prosecution. These allegations were fabricated to extract money from the appellant and repeated thereafter as reprisals for his rejection of the complainant, her mother and her father's pleas for money.

[56] For his part, Crown counsel submits the complainant and the three other prosecution witnesses gave coherent and credible testimony and that the guilt of the accused has been established beyond a reasonable doubt. Correlatively, he expounds on the theme that some features of the testimony of the accused and his wife, and, in general, the theory of the defence are implausible.

III. Analysis and decision

[57] In his Notice of Appeal, the appellant submits the trial judge erred in law: (a) [TRANSLATION] "in failing to exercise her judicial discretion [under s. 644(1) of the *Criminal Code*] to discharge a member of the jury who had indicated to the Court that he felt antipathy towards the appellant during the trial"; (b) [TRANSLATION] "in failing to adequately correct Crown counsel's speculations and/or personal opinions regarding the telephone conversations between the complainant and the appellant; this evidence being critical on the question of credibility, and the issue of guilt or innocence"; (c) [TRANSLATION] "in giving erroneous instructions to the jury that reasonable doubt can be based on the absence of evidence"; (d) [TRANSLATION] "in giving erroneous instructions to the jury that testimony given under oath at trial constitutes the evidence of what really took place and not to use previous statements as evidence of what really took place"; (e) [TRANSLATION] "in giving a summary of the Crown's position and failing to point out to the jury the discrepancies, inconsistencies, and contradictions raised during the cross-examination of the complainant. This had the effect of bolstering the complainant's credibility for the jury"; (f) [TRANSLATION] "in failing to give instructions to the jury as to included offences in the different charges brought against the appellant"; (g) [TRANSLATION] "in failing to give adequate instructions to the jury on

the principle of reasonable doubt and its application to the issue of credibility of the complainant and of the appellant”.

[58] However, in his written submission, the appellant abandons grounds of appeal (c) and (e) and deals with ground (g) within the discussion pertaining to ground (d). Finally, counsel for the appellant confirms at the hearing that ground of appeal (f) deals solely with the trial judge’s failure to inform the jury of the possibility of finding the appellant guilty of gross indecency, instead of sexual assault, the offence described in counts 3 and 6. This would be so because, at all times relevant, the offence of gross indecency was included in the offence of sexual assault.

[59] Given these clarifications, the only issues remaining are whether the trial judge erred in law: (1) in failing to inquire into the circumstances that led the jury foreman to ask [TRANSLATION] “whether the prosecution could ask for the removal of a juror because he showed empathy for the accused or for one of the witnesses [...]”; (2) by remaining silent when Crown counsel, in his address to the jury, [TRANSLATION] “engaged in speculation and/or gave personal opinions” on the contents of the March 31, 2005, telephone conversation between the complainant and the appellant; (3) by informing the jury that [TRANSLATION] “testimony given under oath at trial constitutes the evidence of what really took place”; and (4) by failing to explain to the jurors that they should consider the possibility of a conviction for gross indecency when dealing with the counts alleging sexual assault. Needless to say, if an answer favourable to the appellant were indicated for any one of those questions, the Court would have to consider the applicability of ss. 686(1)(b)(iii) and (iv) of the *Criminal Code*.

A. *Duty to inquire on the circumstances that gave rise to the question from the jury foreman*

[60] After hearing the first three Crown witnesses (the complainant, her sister and her mother), the jury foreman sent a note to the trial judge in which he asked the

following question: [TRANSLATION] “[c]ould the prosecution ask that [a juror] be removed because he shows empathy for the accused or for one of the witnesses?” The trial judge brought the question to counsel’s attention and suggested the jurors be reminded of their oath, the presumption of innocence and the burden of proof. She also proposed to explain to the jurors that it was perfectly normal for some of them: to be more interested and more attentive than others; to prefer one testimony to another; to have empathy for the accused; or to have no empathy for the accused. She felt that given their oath and her instructions on the “fundamental principles”, the jurors should be able to fulfill their adjudicative mandate.

[61] Finally, she sought counsel’s input. They had none to offer beyond what was proposed. Defence counsel did agree that, human nature being what it is, the concerns expressed by the jury foreman, although “worrisome”, were not unusual and there was no cause to remove the juror in question, let alone to direct a mistrial.

[62] Following this exchange, the jury was called back and the trial judge gave the instructions she suggested to counsel a few minutes earlier:

[TRANSLATION]

So maybe I should start by telling you that the accused has chosen to be judged by 12 of his peers, or 12 persons from the community. Therefore it is normal that among these 12 individuals, some jurors will be less, some more attentive, some of them less. That’s human nature; it depends on the character of each individual. And it’s not because one becomes a juror that one changes character.

It is also normal that a juror may feel empathy for an accused or for a witness while another may not. That is why there are 12 of you, so that in the end you may be able to deliberate, discuss what you have heard, what you have observed.

A juror comes here with his or her baggage and, obviously, that baggage will influence his or her decisions, how he or she reasons, how he or she behaves. The same applies to us judges.

What is important is that the jurors listen carefully. Obviously, one must hear the evidence and remain impartial and keep an open mind until you have heard all of the evidence. And may I remind you of your oath as members of the jury. I would remind you of the importance of your oath. It means that you have undertaken to listen carefully to the evidence that will be presented and to decide this matter based solely on this evidence and on the instructions that I have given you. I am confident that you will be able to do this.

I would also like to remind you of the fundamental principles such as: the presumption of innocence and the burden of proof. The accused is presumed innocent of the offence with which he is charged. The presumption of innocence applies throughout the trial. It will only cease to apply if at the end of the trial and in light of the evidence as a whole, the Crown has convinced you, beyond a reasonable doubt, that the accused is guilty as charged.

Because of the presumption of innocence, the accused never has to testify, to present evidence or to prove anything. The onus is on the Crown to prove the accused's guilt beyond a reasonable doubt. If the Crown fails to convince you beyond a reasonable doubt of the accused's guilt, you must find him not guilty of the charges.

So, to summarize, yes I expect you to listen carefully; yes I expect you to abide by your oath, however, you are twelve ordinary people like me, like everyone else, with their strengths and weaknesses and we can live with that.

[63] The appellant, who is now represented by a solicitor other than the one who acted for him in first instance, contends the course followed at trial contravenes settled principles and that, as a result, he has been denied a fair trial. He maintains that the word "empathie" [TRANSLATION, empathy] is commonly used in the sense attributed to the word "antipathie" [TRANSLATION, antipathy] in dictionaries and this is how the question from the jury foreman should be understood. That being the case, the trial judge should have inquired about the concerns expressed by the jury foreman in order to rule out any doubt as to the impartiality of the jurors. I do not share this view for the following reasons.

[64] Empathy is the ability to identify with someone, to feel what that person is feeling. The word “antipathie” has a totally different, indeed diametrically opposite meaning, because in its common usage, it means an irrational aversion for another. Contrary to the appellant’s contention, the word “empathie” is not commonly used as a substitute for the word “antipathie”.

[65] The words “antipathie” and “sympathie” are antonyms. On the other hand, the word “empathie” is sometimes used in the sense of “sympathie”. This is not surprising since one of the meanings attributed to the first is similar to one of the meanings given to the second, i.e., [TRANSLATION] “experiencing [...] the feelings, thoughts or attitudes of another” (see Paul Robert, *Le Grand Robert de la langue française* (2nd Ed., Volume VI, p. 925; 2001).

[66] The jury foreman used the word “empathie”. It may very well be that he used it in the sense of “sympathy”. However, it is highly unlikely he chose the word “empathy” to refer to “antipathy”.

[67] In this regard, it bears underscoring that the foreman asked if the prosecution could insist upon a juror’s removal for one of the reasons he enumerated, including empathy for the accused. Obviously, the conduct giving rise to the concern expressed did not pose a problem for the defence, at least in the eyes of the foreman. Undoubtedly, it would have been otherwise if he had sensed antipathy towards the accused.

[68] Some jurors could easily have felt some empathy and/or sympathy for the accused, given that the charges he was facing involved events that occurred more than 20 years earlier. That said, those jurors could just as easily have felt empathy and/or sympathy for victims of sexual crimes including those described in the indictment. In this regard, the Supreme Court of Canada’s comments in *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, [2001] S.C.J. No. 34 (QL), 2001 SCC 32, bear repeating:

One cannot automatically equate strong emotions with an unfair and prejudicial bias against the accused. Jurors are not expected to be indifferent toward crimes. Nor are they expected to remain neutral toward those shown to have committed such offences. If this were the case, prospective jurors would be routinely and successfully challenged for cause as a preliminary stage in the trial of all serious criminal offences. Instead, we accept that jurors often abhor the crime alleged to have been committed – indeed there would be cause for alarm if representatives of a community did not deplore heinous criminal acts. It would be equally alarming if jurors did not feel empathy or compassion for persons shown to be victims of such acts. These facts alone do not establish bias. There is simply no indication that these attitudes, commendable in themselves, unfairly prejudice jurors against the accused or toward conviction. They are common to the trial of many serious offences and have never grounded a right to challenge for cause. [para. 71]

[Underlining is mine.]

Finally, I would add those same jurors might have felt, for a variety of reasons, empathy and/or sympathy for the complainant and for the other Crown witnesses, without disrespecting their oath, most notably by disregarding the presumption of innocence, the burden of proof or the rule of reasonable doubt.

[69] In my judgment, the trial judge was in the best position to appreciate the context in which the foreman's question was asked, the nature and seriousness of the underlying problem, and to provide a solution tailored to the presenting situation. It is also my view that, generally speaking, the response to be given at trial to a question from the jury is a matter within the discretionary powers of the trial judge. Accordingly, an appellate court ought not to intervene unless the response is the result of an error either in law or in principle, of a palpable and overriding error in the appreciation of the relevant circumstances or if the response itself is so ill-suited that it can only be described as unreasonable. Taking into account the nature of the question from the jury foreman, the defence's endorsement of the response proposed and then executed by the trial judge, the privileged position occupied by trial judges in those circumstances, and the applicable

standard of review, I am of the opinion that an intervention by this court is wholly unwarranted.

B. *The ethics of Crown counsel's closing address*

[70] The applicable principles are well known. They have been enunciated on numerous occasions in the caselaw, including *R. v. Joyce (K.R.)* (1998), 203 N.B.R. (2d) 1 (C.A.), [1998] N.B.J. No 312 (QL), and *R. v. Melanson (S.A.)* (2007), 325 N.B.R. (2d) 203, [2007] N.B.J. No 474 (QL), 2007 NBCA 94 (Richard, J.A. for the court). In my view, this issue stands to be determined by giving effect to the comments found in *Joyce*:

It is settled law that Crown counsel may not state their personal opinions in addressing the jury. (See *R. v. Leaver*, [1998] N.B.J. No. 238 (QL); *R. v. Finta* (1992), 53 O.A.C. 1; 73 C.C.C. (3d) 65 (C.A.), affd. [1994] 1 S.C.R. 701; 165 N.R. 1; 70 O.A.C. 241.) This rule is a corollary to the general principle that Crown counsel have an ethical obligation to ensure that an accused person is not denied a fair trial as a result of their words or deeds. That is not to say that Crown counsel's address must be bland and without persuasive eloquence. Crown counsel is expected to be forceful during closing argument: the adversarial system requires that they act and speak with conviction. What must be avoided is the expression of personal opinions, the misrepresentation of the evidence and rhetorical excesses which jeopardize the accused's right to a fair trial in accordance with the evidence and the law. [para. 29]

[Underlining is mine.]

[71] The appellant takes issue with the following comments Crown counsel made regarding the telephone conversation with the complainant on March 31, 2005:

[TRANSLATION]

[...] and myself, I will tell you that if [the complainant] had called the appellant for money [...] if [she] was after money, [she] would probably have chatted a little longer with [the appellant's daughter] before asking her to pass the phone to [the appellant]. Moreover, she would never have

started a conversation when she wanted money by the words “I don’t hate you [G.S.]”.

[...] Myself, I would suggest to you that this is not a reasonable approach and not one that is consistent with what – what [the complainant] has told us and what [the appellant] has told us. If you want money, that’s not the way you approach a person.

[...] Myself, I would suggest that what happened is that when [the complainant] started – when [the appellant] realized why [the complainant] was calling, to confront him with the matter of the sexual assault, his wife was there, his daughter was there, he simply panicked. He’s the one who started talking about money. Not her.

The appellant contends these observations reflect personal opinions, the expression of which has compromised his right to a fair trial. With respect, I cannot agree.

[72] The trial judge advised the jurors several times that they should rely on “common sense”. In particular, she told them that reasonable doubt is a question of “common sense” and that they should use “common sense” in deciding if the witnesses were telling the truth. Moreover, she invited the jurors to use their “common sense” in deciding if the appellant had actually made the statements attributed to him, including those of March 31, 2005. Defence counsel, for his part, contended “common sense” argued in favour of his client’s central thesis, which was that his denials of sexual misconduct were credible, that he was completely innocent and that the complainant and her family were complicit in a “frame-up”. In those circumstances, it was incumbent upon Crown counsel to join the debate and argue forcefully that “common sense”, as the prosecution saw it, favoured the contrary position, the one supported by the testimony of the complainant and the other Crown witnesses. While it would have been preferable if Crown counsel had avoided the words “I” and “Myself”, in no way did their use compromise the appellant’s right to a fair trial (see *Joyce*, at para. 29).

[73] The appellant also takes issue with the following comments on the grounds that they amount to rhetorical excess and reflect a distorted view of the evidence

in that they convey to [TRANSLATION] “the jury a clear and real impression that the appellant had in fact been alone with the complainant”:

[TRANSLATION]

We must ask, and I make this point because we must seriously ask ourselves if [the appellant] is telling the truth when [...] he insists that he was never alone with [the complainant] during all those visits. During all those years, he insists that he was never alone with [the complainant]. We must ask if he is really being truthful. And I will put it to you that if [the appellant] can't even admit that he could have been alone with [the complainant], how could he admit to his wife and to his daughter that he abused [the complainant], if he can't even admit to being alone with her. This affects his credibility.

[74] With respect, I consider those observations to be entirely legitimate and appropriate, although I must reiterate it would have been preferable if the use of “I” had been avoided. It bears remembering the complainant testified she was alone with the appellant on numerous occasions. There was, therefore, some support in the record for Crown counsel’s observations. Furthermore, the point pressed, although weak in my view, was far from inappropriate.

[75] Finally, given the nature of the debate to which he was a party, Crown counsel had no choice but to highlight the evidence, which, in his assessment, cast doubt on the truthfulness and reliability of the testimony of the appellant and other defence witnesses, and to emphasize the evidence that might reinforce the credibility of the complainant’s testimony and that of the other witnesses for the prosecution. Moreover, he was duty bound to argue the prosecution’s case with conviction and his observations on the issue of credibility, the crux of the matter, had to be particularly forceful. Any other approach would have constituted a failure to meet his professional obligations as counsel for the Crown. In my opinion, Crown counsel in the case at bar fulfilled his duties without infringing upon the appellant’s right to a fair trial.

C. *The jury instructions with respect to the evidence*

[76] The appellant submits the trial judge committed a material error of law when she told the jury [TRANSLATION] “that the testimony given under oath at trial constitutes the evidence of what really took place”. The context in which this observation was made is the following:

[TRANSLATION]

[The complainant, her mother and father] testified under oath at the preliminary inquiry held in this matter on September 24, 2007. Moreover, several Crown witnesses have given written statements to the police in the past; I believe it was in 2005. During cross-examination, counsel for the defence highlighted a number of discrepancies and omissions between the testimonies that the various Crown witnesses gave in court here before you and the testimonies they gave at the preliminary inquiry or statements given to police officers.

[...]

Some differences or omissions are more significant than others. You must take into consideration the explanations given by the witness regarding these discrepancies. You must also examine the nature and scope of the discrepancies in deciding whether or not you accept a witness’ testimony. When considering these discrepancies, you must keep in mind that the testimony given under oath at trial constitutes the evidence of what really took place. You cannot consider a previous statement as evidence of what really took place unless you come to the conclusion that the witness acknowledges it to be true when he or she is on the witness stand. It is up to you to determine the importance that you attribute to such evidence just as you would with any evidence given by other witnesses.

[Underlining is mine.]

[77] I hasten to add that these observations were made after the judge indicated to the jury that [TRANSLATION] “when a witness says something while testifying on the stand that is totally different from what he or she has stated in the past, the importance that you will attribute to his or her testimony could possibly be diminished”. In light of

this instruction and taking into account the judge's charge as a whole, I can only conclude the jurors rightly understood they had to take into account the discrepancies and inconsistencies raised by defence counsel during cross-examination in their assessment of the credibility of Crown witnesses, including the complainant.

[78] The appellant protests the underlined passage offends basic principles of law since it is well settled that evidence other than testimony given under oath at trial can raise a reasonable doubt. Moreover, he contends the instructions concerning the complainant's own previous statements were ambiguous and that the judge's charge contained [TRANSLATION] "no instruction consistent with *R. v. R.S.L.* (2006), 300 N.B.R. (2d) 24, [2006] N.B.J. No. 226 (QL), 2006 NBCA 64".

[79] In *R.S.L.*, the accused did not testify and the trial judge made a material error of law when he instructed the jurors that an out-of-court statement by the accused, that was marked as an exhibit and which contradicted, at least in part, the prosecution's theory, could not give rise to a reasonable doubt unless it was accepted by them as true. In delivering the reasons for the court, Richard, J.A. provided the following insights into the matter:

I see no valid reason why the exculpatory statement of an accused that is produced by the Crown should not be treated in the same manner as evidence adduced by the defence. In either case, the trial judge should instruct the jury that the principle of reasonable doubt applies to credibility, that the exculpatory statement can give rise to a reasonable doubt even if not accepted, that it is unnecessary for them to resolve conflicting evidence if they feel unable to do so and that a conflict in the evidence is capable of giving rise to a reasonable doubt.

In the present case, the trial judge did not give any such instruction to the jury and there were no other instructions in the balance of the charge that correct this failure. In *Campbell*, the jury had been told that it was their duty to convict only on acceptable credible evidence. If such had been the effect of the impugned portion of the charge in the present case, it may be that this ground of appeal could be disposed of as in *Campbell*. However, the message

communicated by the trial judge in the present case is unequivocal: the jury must reject evidence if it is not believed beyond a reasonable doubt and it cannot base its verdict on such evidence. The jurors were clearly told that, in making a decision, they could not rely on evidence which they had not accepted as true beyond a reasonable doubt. As was the case in *R. v. Miller* (1991), 68 C.C.C. (3d) 517 (C.A.), at 541, this instruction “had the effect of eliminating from their consideration evidence which was neither accepted nor rejected, upon which they entertained a reasonable doubt, and to consider only the residual evidence in arriving at their verdict.”

In *R. v. Johnson*, [1997] B.C.J. No. 623 (C.A.) (QL), *R. v. Allen*, [1999] B.C.J. No. 488 (C.A.) (QL) and again in *R. v. Bush* (1999), 136 C.C.C. (3d) 569 (B.C.C.A.), the Court held that it is a serious misdirection for a trial judge to instruct the jury that evidence they choose not to accept must not be taken into account when arriving at their verdict. As Braidwood, J.A., explained in *Allen*, “[t]he essence of the error [...] is that it has the effect of eliminating from the jury’s consideration evidence which it rejected, but about which it may have entertained a reasonable doubt.

In my respectful view, the impugned instructions in the present case are materially deficient and nothing in the balance of the trial judge’s charge to the jury had the effect of curing that error. While the jury was instructed on the presumption of innocence and the burden of proof, and while the instructions given with respect to the testimony of M.P. point out that evidence that is not “strong enough to convict” may nevertheless raise a reasonable doubt, the message ingrained in the jury’s mind regarding R.L.’s denials was that they could only consider this evidence to reach a verdict, including a verdict favourable to the accused, if it was believed beyond a reasonable doubt. This instruction eliminated from consideration any evidence that was not believed beyond a reasonable doubt, even if such evidence might, nevertheless, have caused the jury to entertain a reasonable doubt.

[80] The situation is completely different in the present case. The appellant has provided his version of the facts by way of *viva voce* evidence and, unlike the trial judge in *R.S.L.*, the judge here did not make the error described by Justice Richard. In fact, she

gave instructions with respect to out-of-court statements that are consistent with the requirements articulated in *R.S.L.*:

[TRANSLATION]

You have heard several witnesses testify that they had heard [the appellant] say certain things. In fact, each witness [...] related one or several statements that [the appellant] is alleged to have made in their presence. You have to decide if you believe that [the appellant] made the statement or part thereof. Regardless of who the witness is, it is for you to decide whether or not you believe his or her testimony on the statement in question. In order to decide if [the appellant] made all or part of these statements, use your common sense. Take into account the state [the appellant] and the witness were in when they had the conversation or discussion, the circumstances in which the conversation or discussion took place, and any other factor likely to make the witness' testimony either more or less credible. The fact that a witness may have recorded a conversation or taken notes on the subject does not as such determine the reliability of his or her testimony. It is nevertheless one of the elements that you may take into account in deciding whether or not [the appellant] made all or part of the statement in question. Unless you decide that [the appellant] made the statement that the witness is reporting, you cannot take it into consideration in deciding this matter. Certain statements, in whole or in part, may help [the appellant]'s defence. Unless you conclude that [the appellant] did not make these statements, you must take them, as well as the rest of the evidence into account. In other words, even if you are not totally satisfied that [the appellant] made these statements, you must take into account all comments likely to assist him. If you decide that [the appellant] has made a comment that is likely to assist him in his defence, or if you are not sure that he has made that comment, you must take that comment into account, as well as the rest of the evidence to determine if you have a reasonable doubt about the guilt of [the appellant].

[Underlining is mine.]

With due respect for the appellant's stated views to the contrary, I consider these instructions to be free of ambiguity. Indeed, they strike me as crystal clear.

[81] Moreover, the trial judge in the present case gave instructions that fully comply with the suggestions put forward in *R. v. W.(D.)*:

[TRANSLATION]

You cannot decide if something happened simply by comparing the [appellant's] version with [the complainant's] version, and choosing between the two. You must consider all of the evidence and decide if you are convinced beyond a reasonable doubt that the events that form the basis of each charge have in fact taken place. If you believe [the appellant's] testimony, that he did not commit the offences he is charged with, you must acquit him of all the offences. Even if you do not believe [the appellant's] testimony, but his testimony nevertheless raises a reasonable doubt in your mind as to his guilt on one or several of the charges, you must acquit him on the charge or charges in question. If you don't know who to believe on one or several of the charges, then you have a reasonable doubt and you must acquit [the appellant] on the charge or charges in question. Even if [the appellant's] testimony does not raise a reasonable doubt in your mind as to his guilt on a charge, if after considering the evidence that you accept, you are not convinced beyond a reasonable doubt of the guilt of [the appellant], you must acquit him on one, several or all of the offences.

[Underlining is mine.]

I stopped counting after coming across some twenty instances where the jury is instructed to base each of its verdicts on “the evidence”.

[82] Of course, those instructions stand to be assessed in light of the definition of “the evidence” previously given by the judge:

[TRANSLATION]

In order to ascertain the facts in this matter, you must consider only the evidence adduced at this trial. The evidence consists of the testimonies and exhibits filed at trial. However, the answers that a witness gives to questions do not constitute evidence unless the witness agrees with what is being asked. Only the witness's answers constitute evidence. The evidence also includes the

exhibits I have marked, i.e., photographs, e-mails, cards, letters, diagrams, etc. When you retire to the jury room to decide on this matter, the exhibits will be brought to you. You can examine them. If and how you examine them is up to you. Exhibits are as much a part of the evidence as all the other evidence.

[Underlining is mine.]

[83] It would undoubtedly have been preferable for the judge to tell the jury that only the evidence adduced at trial could shed light on what had transpired, instead of using the impugned phrase, i.e., “that the testimony given under oath at trial constitutes the evidence of what really took place [underlining is mine]”. That said, there is no reason to consider those instructions in isolation; indeed, they stand to be assessed contextually and in light of the judge’s entire charge, always keeping in mind that the ultimate goal is to determine whether the jurors were given instructions that enabled them to understand the case and fulfill their adjudicative mandate (see *R. v. O’Brien (R.S.)* (2003), 257 N.B.R. (2d) 243, [2003] N.B.J. No. 153 (QL), 2003 NBCA 28, at para. 26). In *R. v. Layton*, [2009] S.C.J. No. 36 (QL), 2009 SCC 36, Cromwell J., dissenting on the merits, pursues the same theme:

In my respectful view, the majority of the Court of Appeal erred by failing to take a functional and practical approach to its review of the trial judge’s charge and recharge. When examining a trial judge’s instructions to a jury, the reviewing court must focus on “the general sense which the words used have likely conveyed to the jury The standard that a trial judge’s instructions are to be held to is not perfection. The accused is entitled to a properly instructed jury, not a perfectly instructed jury... . It is the overall effect of the charge that matters”: *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 31. The reviewing court must not be distracted from the key question on appeal. That question is not whether the judge’s directions could have been better. In this case, the question is whether the charge and recharge, taken as a whole, give rise to a reasonable likelihood that the jury did not understand the legal requirement that the Crown must prove guilt beyond a reasonable doubt: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 41. [para. 40]

Considering the excerpts from the judge's charge reproduced above and given that it contains exemplary instructions concerning the evidence adduced at trial, the theory of the defence and the relevant law, particularly as it applies to the presumption of innocence, the burden of proof and the rule of reasonable doubt, I can only conclude the jury was provided the means to fulfill its adjudicative mandate in accordance with the law.

D. *Included offences*

[84] When questioned on point by the trial judge, counsel for the defence answered clearly and unequivocally that the possibility of included offences was not to be raised with the jury. The defence's strategy was "it's all or nothing". After all, the appellant denied under oath the allegations of sexual misconduct in their entirety, including, it bears emphasis, those pertaining to the charges of gross indecency set out in counts 1 and 4. As a consequence, he could not argue in favour of a conviction for gross indecency rather than for sexual assault as per counts 3 and 6, without significantly diluting the persuasiveness of his sworn denial. It goes without saying that a corresponding jury instruction would have further undermined the case for the defence. In these circumstances, an appellate court is justifiably reticent to buy into the argument that an accused is at liberty to repudiate the position he or she advocated and effectively imposed at trial. That said, I prefer to settle the issue on its substantive merits.

[85] The circumstances that must be present for an offence to be an included offence have not changed since the early 1980s. They are set out in *R. v. G.R.*, [2005] S.C.R. 371, [2005] S.C.J. No. 45 (QL), 2005 SCC 45:

At common law, where an offence consisted of several ingredients ("divisible") the jury could convict of any offence "the elements of which were included in the offence charged, subject to the rule that on an indictment for felony the jury could not convict of a misdemeanor" (*Simpson (No. 2)*, at p. 132). The subject is now governed

by statute, and s. 662 authorizes convictions for “included” offences in only three categories:

- (a) offences included by statute, e.g., those offences specified in s. 662(2) to (6), and attempts provided for in s. 660;
- (b) offences included in the enactment creating the offence charged, e.g., common assault in a charge of sexual assault;
- (c) offences which become included by the addition of apt words of description to the principal charge.

[86] Since no provision in the *Criminal Code* (1970) operated to include gross indecency in the offence of sexual assault and the description provided by counts 3 and 6 features no words that bring about the inclusion of gross indecency, the appellant’s contention can only prevail if the constituent elements of sexual assault under s. 246.1(1)(a) of the *Criminal Code* (1970) included those found in s. 157. In that regard, it bears pointing out that it is not sufficient for the evidence to establish that other offences (gross indecency in this case) were committed when the offence charged was committed (in this case sexual assault) (see *R. v. G.R.* for the statement of principle on point).

[87] It is also important to remember that sexual assault as defined in s. 246.1(1)(a) of the *Criminal Code* (1970) could be committed in relation to an adult, and what might have constituted gross indecency where a child was involved might not have been gross indecency between adults (see *R. v. Lefebvre* (1978), 4 C.R. (3d) 164 (C.S.P.), [1978] J.Q. n^o 227 (QL). Moreover, the offence under s. 246.1(1)(a) could not be committed without an assault, whereas that was not so for the offence of gross indecency under s. 157. Hence, the requisite legal symmetry between the essential elements of the two offences is not present.

[88] From a strictly legal point of view, an offence under s. 246.1(1)(a) could be committed without the commission of an offence under s. 157. It follows that the latter was not an included offence and that the judge did not fall into error in declining to

provide instructions that would have opened the door to a conviction for gross indecency on counts 3 and 6 (charging sexual assault). In fact, the trial judge would have fallen into error had she given the instructions now urged by the appellant.

IV. Conclusion and disposition

[89] For the foregoing reasons, I conclude the grounds of appeal are without merit. The trial judge did not make the errors attributed to her by the appellant and nothing in Crown counsel's closing address undermined the appellant's right to a fair trial.

[90] It follows that I would dismiss the appeal.