

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

125-11-CA

CHAD RANDALL

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Randall v. R., 2012 NBCA 25

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision of the Provincial Court:
May 30, 2011 (conviction)
August 23, 2011 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 8, 2012

Judgment rendered:
September 6, 2012

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Richard

Concurred in by:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Robertson

CHAD RANDALL

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ DE LA REINE

INTIMÉE

Randall c. R., 2012 NBCA 25

CORAM :

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

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 30 mai 2011 (déclaration de culpabilité)
Le 23 août 2011 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 8 mai 2012

Jugement rendu :
Le 6 septembre 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge Richard

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Robertson

Counsel at hearing:

For the appellant:
Margaret Gallagher

For the respondent:
Cameron H. Gunn

THE COURT

The appeal against conviction and the application for leave to appeal the sentence are dismissed. Mr. Randall is ordered to turn himself into custody forthwith or a warrant will be issued for his arrest.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Margaret Gallagher

Pour l'intimée :
Cameron H. Gunn

LA COUR

Rejette l'appel interjeté de la déclaration de culpabilité et la demande d'autorisation d'appeler de la peine. Il est ordonné à M. Randall de se livrer sur-le-champ, sans quoi un mandat d'arrestation sera décerné contre lui.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD J.A.

I. Introduction

[1] On May 30, 2011, a judge of the Provincial Court convicted Chad Randall of having sexually assaulted an 18-year-old woman, an indictable offence punishable under s. 271(1)(a) of the *Criminal Code*. On August 23, 2011, the judge sentenced Mr. Randall to incarceration for 30 months and subjected him to certain ancillary orders. Mr. Randall appeals his conviction and seeks leave to appeal the sentence. For the reasons set out below, I would dismiss both the appeal against conviction and the application for leave to appeal the sentence.

II. Background

[2] This matter arises out of a series of events that began the evening of August 8, 2009. The complainant, an 18-year-old woman, attended a party at the home of a co-worker, consumed excessive amounts of alcohol as well as some marijuana, and became grossly ill. A taxi was eventually called to transport the complainant and two others to an apartment building in downtown Fredericton. Mr. Randall was the taxi driver who responded to the call. When he arrived for the pickup, the complainant literally had to be carried and placed in the front of the cab, and a bucket was positioned between her feet in case she became ill once again.

[3] When the cab arrived at its destination, the complainant could not get access to her apartment because the keys would not open the door. Somehow, Mr. Randall was left with the complainant and, after inquiring with a neighbour who did not know her, and after some discussion about going to the police station, he took her to his own residence.

[4] What happened from that point on forms the crux of this appeal. Only two people could provide accounts of those events: the complainant, who testified, and Mr. Randall, who did not testify but had voluntarily given a statement to the police that was admitted as part of the prosecution's case. The complainant's version is summarized in the trial judge's reasons for conviction:

THE COURT: [...] When they reached the home, the complainant's keys would not work in the lock. The complainant testified that she passed out. Her next memory is waking up in a strange bed, wearing her undergarments. She had no recall of undressing. The accused, who was naked, was in bed with the complainant. She did not even know his name. He reached out, rubbed her back. She asked where she was and was told she was on the north side. She asked who he was and he identified himself as the cab driver. The complainant said she was afraid. "He kept touching me with his hand", initially on the back and then down to 'my butt'. The complainant testified, "I asked him to stop many times but he refused to do so. He then climbed on top of me and penetrated my vagina with his penis from behind. I was passing out for a lot of this. I was passing in and out of consciousness. I was awake for approximately ten minutes but sleepy and tired and could not keep my eyes open. He finished and got off me and laid there a couple of minutes. The accused then began to touch me in much the same way. I could not escape or move. He ignored my please (sic) to stop. He rolled me onto my back and penetrated me again." The accused stated, "Why should I stop? Don't you like it?" The complainant passed out again. She woke up when the accused was initiating sexual activity for the third time. On this occasion she states, "He listened to me and left me alone for the rest of the night." The complainant unequivocally stated she did not consent to the sexual activity. Later in the evening, or the early morning hours, the complainant attempted to sneak out of the house but was discovered by the accused. She ended up conceding to his wishes to have a coffee and the two of them smoked a joint of marihuana. It was asked why she engaged in the coffee and marihuana and she said, "I did it because I was afraid not to. I was trapped

in a strange house with a guy who had just raped me.” On cross-examination the complainant states, “I know I never consented. I would never have had sex with some random guy.”[...]

[Transcript, pp. 137-138]

[5] According to Mr. Randall’s statement, the complainant vomited in his cab, and again in the hallway on the way to his apartment. He had to carry her into his apartment, as she was unstable on her feet. He says he put her on his bed, cleaned both himself and his cab of the vomit, and then went back to work to cash out before returning home. Mr. Randall explains that when he entered his apartment, he found the complainant fully conscious, so he laid down next to her, talked with her and rubbed her back. He says she asked him if he had any sexually transmitted diseases. Once he told her he did not, they twice engaged in consensual sexual intercourse. Mr. Randall claims that when he tried to initiate a third session, the complainant told him to stop, so he did. He adds that the complainant then fell asleep in his arms, woke up the next morning, had coffee, and shared a marijuana cigarette with him, before Mr. Randall called a cab to drive her home. In Mr. Randall’s account of the events, all the sexual activity is said to have been consensual, and to have ceased the moment he was told to stop. Mr. Randall says the complainant was fully aware of what she was doing and that she willingly and actively participated in the sexual activity.

[6] In his decision, the trial judge considered ss. 273.1(2)(b) and (d) of the *Criminal Code* and noted there can be no consent if “the complainant is incapable of consenting to the activity” or if “the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity.” The judge underlined that Mr. Randall was not advancing a defence of honest but mistaken belief in consent, and concluded there had been no consent. He held that “there is no possible way [the complainant] had a conscious, operating mind, capable of granting, revoking or withholding consent.” In addition, the judge accepted the complainant’s testimony “in its entirety” and concluded that “she did not consent to the sexual activity on the night in question.”

[7] In passing sentence, the judge considered mitigating factors, including the absence of any relevant criminal record and Mr. Randall's personal circumstances as a single parent. He also considered the aggravating circumstances, which include the nature of the offence and its effect on the victim and the taking advantage of a grossly intoxicated person. The judge considered the case law and reviewed the position of the parties with respect to an appropriate period of incarceration before settling on a term of 30 months.

III. Issues on Appeal

[8] Mr. Randall initially launched his appeal as a self-represented appellant. It was difficult to extrapolate clear grounds of appeal from his Notice of Appeal. Counsel for the Attorney General noted this difficulty and focused his written submission on the questions whether (1) certain evidence was wrongly admitted or excluded, (2) there was any misapplication of the law, (3) there were any palpable and overriding errors in making factual and credibility findings; and, (4) counsel representing Mr. Randall had been ineffective at trial.

[9] When the appeal first came up for hearing, on February 16, 2012, Mr. Randall informed us that, in September 2011, he had applied for legal aid funding, but he had yet to receive an answer. Upon being satisfied he met the relevant criteria, the Court made an order under s. 684(1) of the *Criminal Code* for the appointment of appellate counsel. At that time, the Court expressly noted the Notice of Appeal was not very instructive in identifying alleged errors, and, as a result, invited submission on certain aspects of the decision: 2012 NBCA 25, [2012] N.B.J. No. 71 (QL).

[10] When counsel was eventually appointed for Mr. Randall, an Amended Notice of Appeal was filed setting out three specific grounds of appeal, which Mr. Randall's counsel summarizes as follows in her written submission:

- (1) The learned trial judge erred in law by making inconsistent factual findings; on the one hand he found that the complainant was incapable of consenting to the activity, but

also found that she had expressed by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity;

- (2) The learned trial judge erred in law by not properly considering the defences of consent and of honest but mistaken belief in consent;
- (3) The learned trial judge erred in law by not properly considering an exculpatory statement made by the accused, and offered as part of the Crown case.

The grounds of appeal set out in the original Notice of Appeal were expressly abandoned. Alternatively, Mr. Randall seeks leave to appeal his sentence on the ground the period of incarceration is excessive.

IV. Analysis

A. *Inconsistent factual findings*

[11] According to Mr. Randall, the trial judge's finding that the complainant was incapable of consenting to the sexual activity is inconsistent with the one "that she had expressed, by words or conduct, her lack of agreement to engage in the activity." Mr. Randall disputes the judge's finding that the complainant was incapable of consenting but says that, once that finding was made, the judge "could not also find that she had 'unequivocally' said 'no'." His argument in this regard relies on a statement made in *R. v. J.R.*, [2006] O.J. No. 2698 (S.C.) (QL), where, Ducharme J. stated as follows:

[...] Absent expert evidence, a loss of memory or a "blackout" is direct evidence of nothing except the fact that the witness cannot testify as to what happened during a particular period. Indeed, Ms. Martin the toxicologist called by the Crown described a blackout as, "a complete loss of memory for a portion of time during a drinking episode."³ In a sexual assault case, this is particularly unfortunate since, as was noted in *R. v. Esau* (1997), 116 C.C.C. (3d) 289 at 296 (S.C.C.), "[t]he parties' testimony is usually the most important evidence in sexual assault cases." *Esau* is particularly relevant to the case at bar because it is a sexual

assault case involving a complainant with no memory of the relevant time. In *Esau* at 297, Justice Major said of the complainant's memory loss, "[a]ny number of things may have happened during the period in which she had no memory." Thus, the only significance of memory loss, without more, is that the complainant cannot give direct evidence as to whether or not she consented to the sexual contact or whether or not she had the capacity to do so.

[para. 18]

[12] This statement of law has no application in the present case. This is not a case where the complainant testified to a total memory loss or blackout. This is rather a case where the complainant testified she had moments of consciousness interspersed with moments of unconsciousness. In other words, she was drifting in and out of consciousness. She remembers that during the moments of consciousness, she expressly told Mr. Randall she did not want to engage in sexual activity with him. He denies she said no, but the judge believed she did. If she did say "no", as the judge found, then s. 273.1(2)(d) applies. There was no consent because she expressed a lack of agreement to engage in the activity.

[13] While the complainant's level of consciousness may have provided Mr. Randall with an argument the complainant's version of having said "no" should not be believed, it does not result in an inconsistent finding when the judge concludes, on the one hand, she did not have the capacity to consent because she was too intoxicated, and, on the other, that during her moments of consciousness she in fact said "no."

[14] It is well established that "an individual must be conscious throughout the sexual activity in order to provide the requisite consent": *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440, at para. 3, per Chief Justice McLachlin, for the majority. The trial judge accepted the complainant's testimony that she was going in and out of unconsciousness. This factual finding brings into play s. 273.1(2)(b) of the *Criminal Code*, since an unconscious person is incapable of consenting. Thus, on either theory of this case, be it s. 273.1(2)(b) or s. 273.1(2)(d), Mr. Randall could be convicted, because he was found to have engaged in sexual activity with the complainant who was at times unconscious and

who, during periods of consciousness, said “no.” In such circumstances, these theories are not inconsistent, and there is simply no merit to this ground of appeal.

B. *Honest but mistaken belief in consent*

[15] The second ground of appeal alleges the judge erred in not considering whether Mr. Randall might have had an honest but mistaken belief the complainant was consenting to the sexual activity. Mr. Randall claims this defence was a live issue at trial, but this is simply not so.

[16] During final arguments at trial, counsel for Mr. Randall specifically said that “[t]he accused is not stating to the Court that he had mistaken belief”, and later that “[h]is assertion is not that he mistakenly believed in consent [but rather] that she in fact did consent”, noting that it would be inconsistent for the accused to say on the one hand that the complainant did consent and on the other that she did not but I thought she did. At one point, defence counsel somewhat backtracked and argued that if there was to be a finding the complainant “might have been under some influence of some drug [not administered by Mr. Randall] that may have impacted her ability to consent, [...] I would ask the Court to consider the honest but mistaken belief.” As it turns out, the Court made no such finding.

[17] *R. v. J.A.* was a case where the sole issue before the Supreme Court was whether “consent for the purposes of sexual assault requires the complainant to be conscious throughout the sexual activity” (para. 21). To determine the question, Chief Justice McLachlin reviewed the framework of the law of sexual assault (paras. 22-30). She explained that, in order for there to be a conviction for sexual assault, there must be proof beyond a reasonable doubt of both the *actus reus* and the *mens rea* of the offence. The *actus reus* is committed where a person touches another in a sexual way without consent. For the purpose of the *actus reus*, consent is actual subjective consent in the mind of the complainant at the time of the sexual activity. The *mens rea*, on the other hand, is present when it is established that the accused knew the complainant was not consenting to the sexual act in question, or was reckless or wilfully blind to the absence

of consent. As noted in the framework, an accused may raise the defence of honest but mistaken belief in consent to show an absence of *mens rea*. The rationale behind the defence of honest but mistaken belief in consent is that if the accused honestly believed the complainant consented to the sexual activity, the accused cannot have the guilty mind required for criminal liability. That defence, however, has certain limits, which are set out in ss. 273.1(2) and 273.2 of the *Criminal Code*. For example, as the Chief Justice explains, an “accused cannot argue that he misinterpreted the complainant saying ‘no’ as meaning ‘yes’” (para. 24). Moreover, s. 273.2 of the *Criminal Code* specifically makes the defence inapplicable where the accused’s belief arose from the accused’s self-induced intoxication, recklessness or wilful blindness, or where “the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting” (s. 273.2(b)).

[18] The Chief Justice summarizes the jurisprudence on the defence of honest but mistaken belief in consent:

The cases on the *mens rea* defence of honest but mistaken belief in consent take the same view. At common law, this was a standard defence of mistake of fact: the accused was not guilty if he honestly believed a state of facts, which, if true, would have rendered his conduct lawful: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at pp. 134 and 139. In *Ewanchuk*, this Court held that it is not sufficient for the accused to have believed that the complainant was subjectively consenting in her mind: "In order to cloak the accused's actions in moral innocence, the evidence must show that he believed that the complainant communicated consent to engage in the sexual activity in question" (para. 46 (emphasis in original)). See also *Park*, at para. 39 (per L'Heureux-Dubé J.). It thus is not sufficient for the accused to have believed the complainant was consenting: he must also take reasonable steps to ascertain consent, and must believe that the complainant communicated her consent to engage in the sexual activity in question. This is impossible if the complainant is unconscious. [para. 48]

[19] In *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, [1995] S.C.J. No. 57 (QL), the case to which the Chief Justice refers, the Supreme Court had to determine whether a trial judge

had been correct in not leaving the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury. As L'Heureux-Dubé J. explained, where there is no air of reality to the defence, it is not necessary to leave it to the trier of fact. In the course of making that determination, she examined the cases that featured diametrically opposed stories, and summarized the law as follows:

To summarize, when the complainant and the accused give similar versions of the facts, and the only material contradiction is in their interpretation of what happened, then the defence of honest but mistaken belief in consent should generally be put to the jury, except in cases where the accused's conduct demonstrates recklessness or wilful blindness to the absence of consent. On the other hand, courts have generally refused to put the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury when the accused clearly bases his defence on voluntary consent, and he also testifies that the complainant was an active, eager or willing partner, whereas the complainant testifies that she vigorously resisted. In such cases, the question is generally simply one of credibility, of consent or no consent.

[para. 26]

[20] In light of the above, it is not surprising that defence counsel would not argue honest but mistaken belief. He knew that, if the trial judge found the complainant had been unconscious during part of the sexual activity, Mr. Randall could not rely on the defence because there can be no consent if the complainant is unconscious. He also knew that, if the complainant was found to have said "no", there could be no honest yet mistaken apprehension of consent. It appears obvious that trial counsel knew full well that in order for Mr. Randall to be acquitted, there would have to be a reasonable doubt on the question of actual consent. This was a case of consent or no consent, that is whether there was a reasonable doubt on the issue, and there was simply no air of reality to any defence of honest but mistaken belief.

C. *The exculpatory statement*

[21] The essence of this ground of appeal is that the trial judge did not assess Mr. Randall's exculpatory statement through the analytical lens of the oft-cited case of *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL).

[22] *W.(D.)* was also a sexual assault case, but it was one that was tried before a jury. Shortly after giving his main charge to the jury, the trial judge gave them additional instructions, during which he said that "[a]t the end of the day the core issue to be determined by yourselves is whether you believe the complainant or whether you believe the accused" (para. 14). As the Supreme Court pointed out, this instruction is in error, because at the end of the day the core issue to be determined by the jury is whether proof of the offence has been made beyond a reasonable doubt. Cory J. explains as follows:

It is clear that the trial judge erred in his recharge. It is incorrect to instruct a jury in a criminal case that, in order to render a verdict, they must decide whether they believe the defence evidence or the Crown's evidence. Putting this either/or proposition to the jury excludes the third alternative; namely, that the jury, without believing the accused, after considering the accused's evidence in the context of the evidence as a whole, may still have a reasonable doubt as to his guilt.

In a case where credibility is important, the trial judge must instruct the jury that the rule of reasonable doubt applies to that issue. The trial judge should instruct the jury that they need not firmly believe or disbelieve any witness or set of witnesses. Specifically, the trial judge is required to instruct the jury that they must acquit the accused in two situations. First, if they believe the accused. Second, if they do not believe the accused's evidence but still have a reasonable doubt as to his guilt after considering the accused's evidence in the context of the evidence as a whole. See *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (Ont. C.A.), approved in *R. v. Morin*, supra, at p. 357.

Ideally, appropriate instructions on the issue of credibility should be given, not only during the main charge, but on

any recharge. A trial judge might well instruct the jury on the question of credibility along these lines:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.

If that formula were followed, the oft repeated error which appears in the recharge in this case would be avoided. The requirement that the Crown prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt is fundamental in our system of criminal law. Every effort should be made to avoid mistakes in charging the jury on this basic principle.

[paras. 26-28]

[23] Since these words were published, there has been a virtual deluge of appeals alleging trial judges erred in not following the *W.(D.)* approach. In fact, I question whether any other case has ever been the sole cause of so much appellate review. Many of these appeals have been found to be without merit because, as Cory J. himself explained in the next paragraph of *W.(D.)*: “[...] the failure to use such language is not fatal if the charge, when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply [...]” (para. 29). In fact, even in *W.(D.)*, the appeal was dismissed on that basis.

[24] Mr. Randall says that according to this Court’s decision in *R.S.L. v. R.*, 2006 NBCA 64, 300 N.B.R. (2d) 24, an accused’s exculpatory statement introduced into evidence as part of the prosecution’s case must be treated in the same manner as evidence adduced by the defence.

[25] In *R.S.L.*, the prosecution had introduced into evidence the tape of a surreptitiously recorded conversation in which the accused had made exculpatory declarations. One of the main issues on appeal was the trial judge's erroneous instruction to the jury that it "can only accept evidence as being credible if you believe it to be true beyond a reasonable doubt" and his failure to explain that reasonable doubt can nevertheless be derived from evidence that is not accepted as credible. In ruling the trial judge had erred, this Court held as follows:

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. [para. 100]

[26] To be clear, *R.S.L.* does not stand for the proposition that an accused's out-of-court statement must be given the same weight as an accused's testimony. It may; but that is a question for the trier of fact considering the entire circumstances, including the fact the statement was not made under oath and its author was not subjected to cross-examination. *R.S.L.* simply stands for the proposition that reasonable doubt can be found as much in evidence adduced by the prosecution as it can in that adduced by the defence. Moreover, as Cromwell J. recently reminded us in *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, a reasonable doubt can also be derived from the "absence of evidence" (para. 25).

[27] As was the case in *W.(D.)*, *R.S.L.* was a jury case. Both cases stress the need for jury instructions that will make it clear that the burden never shifts to the accused and that the criminal standard of proof for guilt must be met before there can be a conviction. Judges know this; juries, not necessarily so. This is why judges must craft careful jury charges to ensure jurors are properly instructed in the law. As for trials by judge alone, neither *W.(D.)* nor *R.S.L.* were intended to bind trial judges to a ritualistic

formula in their assessment of a case or in setting out their reasons for decision. Judges are presumed to know the law and certainly understand the presumption of innocence and the burden of proof applicable in a criminal case. This was made clear in *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, [1994] S.C.J. No. 91 (QL) where it was expressly stated that the *W.(D.)* procedure was not meant to be followed "word for word as some magic incantation" (para. 24). As Abella J. explains in *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5, "[t]he key is whether the correct burden and standard of proof were applied, not what words were used in applying them" (para. 7).

[28] Unlike *W.(D.)* and *R.S.L.*, this was not a jury case and we cannot scrutinize the trial judge's reasons for judgment with the same analytical lens we would jury instructions. Abella J. made this clear in *C.L.Y.*:

Unlike my colleague Justice Fish, I respectfully see no blueprint for error in the trial judge's failure to observe *W.(D.)* as a catechism. Among several useful observations in *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at pp. 203-5, cautioning appellate judges not to dissect, parse, or microscopically examine the reasons of a trial judge, the following passages by Doherty J.A. are particularly apt reminders in this case:

A trial judge's reasons cannot be read or analyzed as if they were an instruction to a jury. Instructions provide a road-map to direct lay jurors on their journey toward a verdict. Reasons for judgment are given after a trial judge has reached the end of that journey and explain why he or she arrived at a particular conclusion. They are not intended to be, and should not be read as a verbalization of the entire process engaged in by the trial judge in reaching a verdict. [p. 204]

...

... Where a phrase in a trial judge's reasons is open to two interpretations, the one which is consistent with the trial judge's presumed knowledge of the applicable law must be preferred over one which suggests an erroneous application of the law: *R. v. Smith* (1989), 95 A.R. 304 (C.A.) at pp. 312-13;

affirmed [1990] 1 S.C.R. 991, 109 A.R. 160, 111
N.R. 144. [pp. 203-4]

[para. 11]

A useful summary of the rationale for making a distinction between jury instructions and reasons for decision can be found in the dissenting reasons of Deschênes J.A. in *R. v. S.S.*, 2011 NBCA 75, 376 N.B.R. (2d) 146, at paras. 8-12.

[29] *S.S.* is a case where a new trial was ordered in part because the trial judge, who did not articulate reasons incorporating an analytical approach along the lines of *W.(D.)*, was found to have misapplied the reasonable doubt standard that governs in criminal cases. While the majority in *S.S.* urges trial judges to follow the framework set out in *W.(D.)*, that case does not stand for the proposition that a failure to do so will necessarily result in reversible error. It could not stand for that proposition because the Supreme Court has clearly stated that this is not the law. In *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, [1994] S.C.J. No. 30 (QL), McLachlin J. (as she then was) expressed the law as follows:

Failure to indicate expressly that all relevant considerations have been taken into account in arriving at a verdict is not a basis for allowing an appeal under s. 686(1)(a). This accords with the general rule that a trial judge does not err merely because he or she does not give reasons for deciding one way or the other on problematic points: see *R. v. Smith*, [1990] 1 S.C.R. 991, affirming (1989), 95 A.R. 304, and *Macdonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665. The judge is not required to demonstrate that he or she knows the law and has considered all aspects of the evidence. Nor is the judge required to explain why he or she does not entertain a reasonable doubt as to the accused's guilt. Failure to do any of these things does not, in itself, permit a court of appeal to set aside the verdict.

This rule makes good sense. To require trial judges charged with heavy caseloads of criminal cases to deal in their reasons with every aspect of every case would slow the system of justice immeasurably. Trial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out. If they state their conclusions in brief compass, and these conclusions are supported by the evidence, the verdict

should not be overturned merely because they fail to discuss collateral aspects of the case. [paras. 17-18]

[30] Fourteen years later, the Supreme Court confirmed that this statement is still reflective of the law. In *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, McLachlin C.J., speaking of the purpose and sufficiency of reasons in a judge alone case, pointed out that “reasons must be sufficient to fulfill their functions of explaining why the accused was convicted or acquitted, providing public accountability and permitting effective appellate review” (para. 15), and added what follows:

These purposes are fulfilled if the reasons, read in context, show why the judge decided as he or she did. The object is not to show how the judge arrived at his or her conclusion, in a "watch me think" fashion. It is rather to show why the judge made that decision. The decision of the Ontario Court of Appeal in *Morrissey* predates the decision of this Court establishing a duty to give reasons in *Sheppard*. But the description in *Morrissey* of the object of a trial judge's reasons is apt. Doherty J.A. in *Morrissey*, at p. 525, puts it this way: "In giving reasons for judgment, the trial judge is attempting to tell the parties what he or she has decided and why he or she made that decision" (emphasis added). What is required is a logical connection between the "what" -- the verdict -- and the "why" -- the basis for the verdict. The foundations of the judge's decision must be discernible, when looked at in the context of the evidence, the submissions of counsel and the history of how the trial unfolded.

Explaining the "why" and its logical link to the "what" does not require the trial judge to set out every finding or conclusion in the process of arriving at the verdict. Doherty J.A. in *Morrissey*, at p. 525, states:

A trial judge's reasons cannot be read or analyzed as if they were an instruction to a jury. Instructions provide a road map to direct lay jurors on their journey toward a verdict. Reasons for judgment are given after a trial judge has reached the end of that journey and explain why he or she arrived at a particular conclusion. They are not intended to be, and should not be read, as a verbalization of the

entire process engaged in by the trial judge in reaching a verdict.

[Emphasis added by McLachlin C.J.]

The judge need not expound on matters that are well settled, uncontroversial or understood and accepted by the parties. This applies to both the law and the evidence. Speaking of the law, Doherty J.A. states in *Morrissey*, at p. 524:

Where a case turns on the application of well-settled legal principles to facts as found after a consideration of conflicting evidence, the trial judge is not required to expound upon those legal principles to demonstrate to the parties, much less to the Court of Appeal, that he or she was aware of and applied those principles. [paras. 17-19]

[31] More specifically, on the point that interests us in the present case, McLachlin C.J. stated as follows:

Just as it is reasonable to infer that the trial judge seized the import of the evidence, it is generally reasonable to infer that the trial judge understands the basic principles of criminal law at issue in the trial. Indeed, for this reason it has repeatedly been held that "[t]rial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out": *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664, where the Court rejected the notion of a positive duty on trial judges to demonstrate that they have appreciated every aspect of the relevant evidence. The trial judge is not required to recite pages of "boilerplate" or review well-settled authorities in detail, and failure to do so is not an error of law. As Binnie J. pointed out in *Sheppard*, at para. 55:

Regard will be had to the time constraints and general press of business in the criminal courts. The trial judge is not held to some abstract standard of perfection. It is neither expected nor required that the trial judge's reasons provide the equivalent of a jury instruction.

Similarly, in *Dinardo*, the Court, per Charron J., held that the trial judge was not required to recite the rule set out in *W.(D.)*, provided the reasons demonstrated he had seized

the substance of the critical issue of a reasonable doubt in the context of a credibility assessment.

[paras. 45-46] [Emphasis added]

The above illustrates that what the majority reasons in *S.S.* stand for is the proposition that trial judges, like juries, must apply the reasonable doubt standard, and where there is something in the reasons, or in the verdict, that, when read in context, “demonstrate[s] a failure to properly apply the reasonable doubt standard” (para. 37), there is a basis for appellate interference based on an error of law. The error is not, however, for failing to provide reasons detailing well-settled law, but rather for failing to apply the proper standard to the case. In *S.S.*, the majority ultimately found that the trial judge had “ignored the Crown’s burden to prove guilt beyond a reasonable doubt.”

[32] To summarize, *Burns* instructs us that trial judges are presumed to know the law, and cases such as *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788, *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245, and *R.E.M.* confirm that a detailed recitation of the law or even of the evidence is not required when reasons are provided that, when read in the context of the record and the submissions on the live issues in the case, show that the judge has seized the substance of the matter.

[33] While the majority in *S.S.* concluded there was something in the reasons of that case that demonstrated a failure to properly apply the reasonable doubt standard, the same cannot be said in the present case. Looking at the trial judge’s reasons for decision in the context of the trial and of the arguments, it is evident that, in the present case, the judge was alive not only to the main issue but also to the burden the prosecution had to meet in order to obtain a conviction. The judge did not simply accept the complainant’s testimony, but went the further step: expressly finding that the offence had been proven beyond a reasonable doubt. While the reasons for decision are not elaborate, they nevertheless reveal the judge never lost sight of the paramount legal principle, which is proof of the offence beyond a reasonable doubt.

[34] The live issue in the present case was whether or not there was any reasonable doubt that the complainant had in fact not consented to the sexual activity that

formed the basis of the charge. As stated above, she could not have consented if she was unconscious during the activity and there could be no finding of consent if she had said “no”. The defence maintained the complainant had been conscious throughout the sexual activity and that the activity immediately ceased as soon as she said “no.” This is exactly what was argued in the defence’s submission to the trial judge:

It’s the position of the defence that the Crown has not discharged its burden, which it bears entirely, of proving beyond a reasonable doubt that there was non-consent in this instance, or that there was an incapacity.

[35] The entire focus of the defence argument was on the reliability of the complainant’s testimony given her intoxication and poor recollection of the events that had occurred in Mr. Randall’s home. When he rendered his verdict, the trial judge stated that “[t]he sole issue for decision is whether the complainant consented to the activity,” but it is clear from his ultimate finding, that the “Crown has proven the offence beyond a reasonable doubt,” that he was in fact applying the relevant standard of proof and that he did not have any reasonable doubt the complainant had not consented to the sexual activity. In my view, this is evident from a review of (1) the record, (2) the submission of counsel, which framed the question properly; and (3) the admittedly succinct reasons for decision, which, despite their brevity, nevertheless show the judge was considering the critical issue of reasonable doubt in finding the Crown had proven the offence.

V. Disposition

[36] For these reasons, I would dismiss Mr. Randall’s appeal. As for his application for leave to appeal, I see no valid grounds for appellate interference with the sentence, and I would therefore dismiss that as well. Considering the above, it follows

the interim release pending disposition of the appeal is set aside. I would order Mr. Randall to turn himself into custody forthwith, or a warrant will be issued.

LE JUGE D'APPEL RICHARD

I. Introduction

[1] Le 30 mai 2011, un juge de la Cour provinciale a déclaré Chad Randall coupable d'agression sexuelle sur la personne d'une femme de dix-huit ans. L'agression commise était constitutive d'un acte criminel et passible de la peine prévue à l'al. 271(1)a) du *Code criminel*. Le 23 août 2011, le juge a condamné M. Randall à trente mois de prison, en plus de prononcer certaines ordonnances accessoires. M. Randall appelle de sa déclaration de culpabilité et demande l'autorisation d'appeler de la peine. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter, et l'appel formé contre la déclaration de culpabilité, et la demande d'autorisation d'appeler de la peine.

II. Contexte

[2] La série d'événements à l'origine de la présente affaire a débuté le soir du 8 août 2009. La plaignante, jeune femme de dix-huit ans, s'était rendue à une soirée chez une personne avec qui elle travaillait. Elle a bu à l'excès, en plus de consommer de la marijuana, et elle s'est trouvée horriblement malade. Quelqu'un a fini par appeler un taxi qui devait conduire la plaignante et deux autres personnes à un immeuble d'habitation du centre-ville de Fredericton. M. Randall est le chauffeur qui a pris la course. Le taxi arrivé, il a littéralement fallu y porter la plaignante et l'asseoir devant. On a placé un seau entre ses pieds, pour le cas où elle serait de nouveau malade.

[3] Le taxi parvenu à sa destination, la plaignante n'a pu entrer chez elle parce que les clés n'ouvraient pas la porte de son appartement. Les circonstances ont fait que M. Randall s'est retrouvé seul avec la plaignante. Après qu'il s'est enquis de sa cliente auprès d'un voisin qui ne la connaissait pas, et après avoir évoqué la possibilité d'aller au poste de police, il l'a emmenée chez lui.

[4] La suite est au cœur du présent appel. Seules deux personnes pouvaient rendre compte des événements : la plaignante, qui a témoigné, et M. Randall, qui n'a pas témoigné mais dont la déclaration faite volontairement à la police, offerte en preuve par le poursuivant, a été admise. La version de la plaignante est résumée dans les motifs de la déclaration de culpabilité :

[TRADUCTION]

LA COUR : [...] Chez elle, les clés de la plaignante ne fonctionnaient pas dans la serrure. La plaignante a témoigné qu'elle a perdu connaissance. Elle ne se souvient ensuite que de s'être éveillée dans un lit inconnu, en sous-vêtements. Elle ne se rappelle pas s'être déshabillée. L'accusé, nu, était au lit avec elle. La plaignante ne savait même pas son nom. L'accusé a étendu le bras, lui a massé le dos. Elle lui a demandé où elle se trouvait; il lui a répondu qu'elle était à Fredericton Nord. Elle lui a demandé qui il était; il lui a répondu qu'il était le chauffeur du taxi. La plaignante a expliqué qu'elle avait peur. [TRADUCTION] « Il continuait à me toucher », a-t-elle indiqué, la main d'abord sur le dos, puis sur ses [TRADUCTION] « fesses ». Elle a ajouté : [TRADUCTION] « Je lui ai demandé à de nombreuses reprises de s'arrêter, mais il a refusé. Il est ensuite monté sur moi et il a introduit son pénis dans mon vagin par derrière. Je perdais connaissance de façon intermittente pendant une bonne partie de cela. Je perdais et reprenais conscience. Je me suis éveillée une dizaine de minutes, mais j'avais sommeil et j'étais fatiguée; je ne pouvais garder les yeux ouverts. Il a terminé et s'est étendu sur le lit; il est resté couché deux ou trois minutes. Ensuite, l'accusé a recommencé à me toucher, essentiellement de la même façon. Je ne pouvais ni m'enfuir, ni bouger. Je l'ai supplié de s'arrêter, mais il ne voulait rien entendre. Il m'a retournée sur le dos et m'a pénétrée de nouveau. » L'accusé a dit : [TRADUCTION] « Pourquoi je devrais m'arrêter? T'aimes pas ça? » La plaignante s'est rendormie. Elle a retrouvé ses esprits tandis que l'accusé prenait une troisième fois l'initiative d'une activité sexuelle. Alors, a-t-elle raconté : [TRADUCTION] « Il m'a écoutée et m'a laissée en paix le reste de la nuit. » La plaignante a déclaré sans équivoque qu'elle n'avait pas consenti à

l'activité sexuelle. Plus tard dans la soirée, ou aux petites heures du matin, la plaignante a tenté de sortir en douce de l'appartement, mais elle a été aperçue par l'accusé. Elle a fini par accepter de prendre un café avec lui, et tous deux ont fumé un joint. On lui a demandé pourquoi elle avait pris café et marihuana avec l'accusé, et elle a répondu : [TRADUCTION] « Parce que j'avais peur de refuser. J'étais coincée dans une maison inconnue, avec un gars qui venait de me violer. » Lors de son contre-interrogatoire, la plaignante a affirmé [TRADUCTION] : « Je sais que je n'ai jamais donné mon consentement. Jamais je n'aurais eu de rapports avec un gars rencontré au hasard. »

[Transcription, p. 137 et 138.]

[5] Dans sa déclaration, M. Randall relate que la plaignante a vomi dans son taxi, puis dans le corridor menant à l'appartement qu'il habite. Il a dû la porter jusque chez lui, parce qu'elle titubait. Il affirme l'avoir déposée sur son lit, s'être lavé et avoir lavé son taxi, pour enlever les traces de vomissure, puis être retourné au travail faire sa caisse avant de rentrer. Il explique que, de retour à l'appartement, il a trouvé la plaignante tout à fait éveillée. Il s'est donc étendu à son côté, a discuté avec elle et lui a massé le dos. Elle lui aurait demandé s'il avait des maladies transmissibles sexuellement. Il aurait répondu que non, après quoi ils auraient eu, deux fois, des rapports sexuels consensuels. M. Randall affirme que, lorsqu'il a tenté d'amorcer une troisième relation, la plaignante lui a demandé de s'arrêter, ce qu'il a fait. Il ajoute qu'elle s'est ensuite endormie dans ses bras, qu'elle s'est réveillée le lendemain matin, et qu'elle a pris un café et partagé une cigarette de marihuana avec lui avant qu'il n'appelle le taxi qui l'a ramenée chez elle. Suivant le récit des événements donné par M. Randall, toute l'activité sexuelle était consensuelle et a cessé dès que la plaignante lui a demandé de s'arrêter. Il affirme qu'elle avait parfaitement conscience de ce qu'elle faisait et qu'elle a participé volontairement et activement à l'activité sexuelle.

[6] Dans sa décision, le juge du procès s'est reporté aux al. 273.1(2)*b*) et *d*) du *Code criminel*, et il a fait remarquer qu'il ne peut y avoir consentement, de la part d'un plaignant, s'« il est incapable de le former » ou s'« il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité. » Il a souligné que M. Randall ne plaidait

pas la croyance sincère mais erronée au consentement et il a conclu qu'il n'y avait pas eu consentement. Le juge s'est dit d'avis qu'il était [TRADUCTION] « impossible que [la plaignante] ait été une personne consciente, lucide, capable d'accorder, de révoquer ou de refuser son consentement. » Enfin, il a accueilli [TRADUCTION] « dans sa totalité » le témoignage de la plaignante et conclu qu'elle n'avait [TRADUCTION] « pas consenti à l'activité sexuelle ce soir-là ».

[7] Pour la détermination de la peine, le juge du procès a tenu compte de facteurs atténuants, dont l'absence de condamnation antérieure pertinente et la situation de chef de famille monoparental de M. Randall. Il a aussi tenu compte des circonstances aggravantes, dont la nature du crime, son effet sur la victime et l'exploitation d'une personne en état d'ivresse extrême. Il a examiné la jurisprudence et pris en considération les arguments des parties, pour ce qui est de la peine d'emprisonnement appropriée, pour arrêter ensuite son choix sur une peine de trente mois.

III. Questions en litige

[8] M. Randall se représentait lui-même à l'origine, au moment du dépôt de son appel. Dégager de l'avis d'appel des moyens clairs s'est révélé difficile. Le substitut du procureur général a constaté cette difficulté et choisi d'axer son mémoire sur certaines questions, dont celles de savoir : (1) si certains éléments de preuve avaient été admis ou écartés à tort; (2) s'il y avait eu application erronée du droit; (3) s'il y avait eu erreurs manifestes et dominantes dans les conclusions tirées sur les faits et sur la crédibilité; (4) si l'avocat de M. Randall avait été inefficace au procès.

[9] À l'ouverture de l'audience d'appel, le 16 février 2012, M. Randall nous a informés qu'il avait présenté une demande d'aide juridique en septembre 2011, mais qu'il n'avait toujours pas obtenu de réponse. Estimant qu'il répondait aux critères applicables, notre Cour a ordonné, en vertu du par. 684(1) du *Code criminel*, la nomination d'un avocat commis au dossier d'appel. Elle a aussi expressément indiqué, à ce moment-là, que l'avis d'appel ne renseignait guère sur les erreurs alléguées. Notre Cour a donc invité

les parties à présenter des observations sur certains aspects du jugement (2012 NBCA 25, [2012] A.N.-B. n° 71 (QL)).

[10] Une fois l'avocate de M. Randall nommée, un avis d'appel modifié a été déposé. Il énonce trois moyens d'appel qu'elle résume ainsi dans son mémoire :

- (1) L'éminent juge du procès a commis une erreur de droit par des conclusions de fait contradictoires : il a conclu d'une part que la plaignante était incapable de consentir à l'activité, d'autre part qu'elle avait manifesté, par ses paroles ou son comportement, l'absence de consentement à l'activité.
- (2) L'éminent juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il n'a pas pris en considération comme il se devait de le faire la défense de consentement et la défense de croyance sincère, mais erronée, au consentement.
- (3) L'éminent juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il n'a pas pris en considération de façon appropriée une déclaration disculpatoire de l'accusé présentée en preuve par le ministère public.

Les moyens de l'avis d'appel original ont été expressément abandonnés. Subsidiairement, M. Randall demande l'autorisation d'appeler de la peine pour le motif que la durée de l'emprisonnement est excessive.

IV. Analyse

A. *Conclusions de fait contradictoires*

[11] M. Randall soutient que la conclusion du juge du procès que la plaignante était incapable de consentir à l'activité sexuelle entre en contradiction avec la conclusion [TRADUCTION] « qu'elle avait manifesté, par ses paroles ou son comportement, son absence de consentement à l'activité ». M. Randall conteste la conclusion que la plaignante était incapable de donner son consentement, mais ajoute que le juge, cette conclusion tirée, [TRADUCTION] « ne pouvait conclure aussi qu'elle avait 'sans équivoque' dit 'non' ». L'argument avancé sur ce point s'appuie sur la déclaration

suivante du juge Ducharme, extraite de *R. c. J.R.*, [2006] O.J. No. 2698 (C. sup. Ont.) (QL) :

[TRADUCTION] Sans preuve d'expert, une perte ou un trou de mémoire n'apporte de preuve directe de rien, si ce n'est du fait que le témoin ne peut rendre compte de ce qui s'est produit au cours d'une période donnée. M^{me} Martin, toxicologue appelée à témoigner par le ministère public, définit d'ailleurs le trou de mémoire (*blackout*) comme [TRADUCTION] « la perte complète de la mémoire d'une tranche de temps, lors de consommation d'alcool ». ³ Dans une affaire d'agression sexuelle, cette perte de mémoire est particulièrement malheureuse, car, comme l'écrivait la Cour dans *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, 116 C.C.C. (3d) 289, au par. 16 : « Les témoignages des parties sont ordinairement les éléments de preuve les plus importants dans les affaires d'agression sexuelle. » L'arrêt *Esau* est tout particulièrement pertinent, parce qu'il s'agit d'une affaire d'agression sexuelle où la plaignante n'avait aucun souvenir de la période de l'infraction présumée. Au par. 19 d'*Esau*, le juge Major, au sujet de la perte de mémoire de la plaignante, a fait remarquer ce qui suit : « Beaucoup de choses ont pu se produire pendant la période dont elle ne se souvient pas. » Ainsi, une perte de mémoire, en soi, signifie seulement que la plaignante ne peut livrer de témoignage direct quant à savoir si elle a consenti ou non au contact sexuel ou si elle avait ou non la capacité d'y consentir.

[Par. 18.]

[12] Cet énoncé du droit est inapplicable en l'espèce. La plaignante n'a pas témoigné qu'elle avait subi une perte de mémoire totale ou qu'elle avait un trou de mémoire. Elle a témoigné qu'elle avait eu des périodes de conscience et d'inconscience successives. En d'autres termes, elle perdait et reprenait conscience. Elle se rappelle avoir indiqué expressément à M. Randall, pendant les périodes où elle était consciente, qu'elle ne voulait pas d'activité sexuelle avec lui. M. Randall nie qu'elle ait exprimé un refus, mais le juge a cru la plaignante. Si elle a bel et bien dit non, comme le juge l'a conclu, l'al. 273.1(2)d) s'applique. Il n'y a pas eu consentement, du fait qu'elle a manifesté son refus de se livrer à l'activité.

[13] Peut-être M. Randall aurait-il pu arguer du niveau de conscience de la plaignante qu'il ne fallait pas croire la version des événements qu'elle avait donnée, version suivant laquelle elle avait dit non, mais les conclusions du juge ne sont pas contradictoires du seul fait qu'elles constatent, d'une part que la plaignante n'avait pas la capacité de consentir à l'activité parce que trop ivre, d'autre part que, pendant les moments où elle était consciente, elle a bel et bien dit non.

[14] Il est acquis qu'il faut « qu'une personne soit consciente pendant toute la durée d'une activité sexuelle pour donner un consentement valable » (*R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 3, la juge en chef McLachlin au nom de la majorité). Le juge du procès a ajouté foi au témoignage de la plaignante, selon lequel elle était sortie par intervalles d'un état d'inconscience. Compte tenu de cette conclusion de fait, l'al. 273.1(2)*b* du *Code criminel* entre en jeu, puisqu'une personne inconsciente est incapable de former un consentement. Ainsi, quelle que soit la thèse retenue en l'espèce, que cette thèse s'appuie sur l'al. 273.1(2)*b* ou sur l'al. 273.1(2)*d*, M. Randall pouvait être déclaré coupable, parce que la Cour avait conclu qu'il s'était livré à une activité sexuelle avec la plaignante, qui était parfois inconsciente et qui, au cours de périodes de conscience, avait dit non. Dans les circonstances, ces thèses ne sont pas contradictoires et le moyen d'appel est tout simplement dépourvu de fondement.

B. *Croyance sincère, mais erronée, au consentement*

[15] Il est avancé, pour deuxième moyen d'appel, que le juge a commis une erreur en n'examinant pas si M. Randall avait pu croire sincèrement, mais erronément, que la plaignante consentait à l'activité sexuelle. M. Randall soutient que la Cour était saisie de la question de cette croyance, au procès, mais ce n'est tout simplement pas le cas.

[16] Pendant son plaidoyer, au procès, l'avocat de M. Randall a précisé que [TRADUCTION] « [l']accusé n'affirm[ait] pas à la Cour qu'il avait une croyance erronée ». Il a ajouté : [TRADUCTION] « L'accusé soutient, non pas qu'il a cru erronément au consentement, [mais] qu'elle a bel et bien consenti », et fait remarquer

qu'il aurait été contradictoire d'avancer, d'une part que la plaignante avait consenti, et d'autre part qu'elle n'avait pas consenti mais que l'accusé avait cru à son consentement. À un certain moment, l'avocat de la défense est un peu revenu sur ses dires. Il a indiqué que, si la Cour concluait que la plaignante [TRADUCTION] « pouvait avoir été sous l'empire de quelque drogue [qui n'aurait pas été administrée par M. Randall] susceptible d'avoir agi sur sa capacité de former un consentement », il la prierait [TRADUCTION] « de prendre en compte la défense de croyance sincère mais erronée ». Or, la Cour n'est pas arrivée à cette conclusion.

[17] Dans *R. c. J.A.*, la seule question qu'avait à trancher la Cour suprême était celle de savoir si, « pour qu'il y ait consentement en matière d'agression sexuelle, le plaignant doit demeurer conscient pendant toute la durée de l'activité sexuelle » (par. 21). Pour y répondre, la juge en chef McLachlin a passé en revue les grandes règles de droit en matière d'agression sexuelle (par. 22 à 30). Elle a expliqué qu'obtenir une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle exige de prouver hors de tout doute raisonnable, et l'*actus reus*, et la *mens rea* de l'infraction. L'*actus reus* est commis si une personne a fait des attouchements à caractère sexuel à une autre personne sans son consentement. Le consentement, pour ce qui est d'établir l'*actus reus*, est un consentement réel et subjectif, dans l'esprit du plaignant, au moment où l'activité sexuelle a lieu. Quant à la *mens rea*, l'accusé l'avait s'il est établi qu'il savait que la victime ne consentait pas à l'acte sexuel en question, ou qu'il a fait preuve d'insouciance ou d'aveuglement volontaire quant à l'absence de consentement. Comme le signale la juge en chef dans son retour sur les grandes règles de droit, un accusé peut soulever la défense de croyance sincère mais erronée au consentement pour montrer qu'il n'avait pas la *mens rea* requise. Le droit admet la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, du fait que, si l'accusé croyait honnêtement que le plaignant consentait à l'activité sexuelle, il ne peut avoir eu l'intention coupable nécessaire à une responsabilité criminelle. Cette défense connaît toutefois certaines limites, que définissent le par. 273.1(2) et l'art. 273.2 du *Code criminel*. Par exemple, comme l'explique la juge en chef, [TRADUCTION] « l'accusé ne peut prétendre qu'il croyait que 'non' voulait dire 'oui' » (par. 24). De plus, l'art. 273.2 du *Code criminel* exclut expressément le recours à cette défense lorsque la croyance de l'accusé provient de l'affaiblissement volontaire de ses facultés, de son insouciance ou

d'un aveuglement volontaire, ou lorsqu'il « n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement » (al. 273.2b)).

[18] La juge en chef a résumé la jurisprudence de la défense de croyance sincère, mais erronée, au consentement :

La jurisprudence portant sur la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, qui sert à réfuter la *mens rea*, va dans le même sens. En common law, il s'agissait d'une défense courante d'erreur de fait : l'accusé n'était pas coupable s'il croyait honnêtement en un état de fait qui, s'il avait existé, aurait rendu sa conduite licite : *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, p. 134 et 139. Dans *Ewanchuk*, la Cour a conclu qu'il ne suffit pas que l'accusé ait cru au consentement subjectif du plaignant en son for intérieur : « Pour que les actes de l'accusé soient empreints d'innocence morale, la preuve doit démontrer que ce dernier croyait que la plaignante avait communiqué son consentement à l'activité sexuelle en question » (par. 46 (soulignement dans l'original)). Voir également *Park*, par. 39 (la juge L'Heureux-Dubé). Par conséquent, la croyance au consentement du plaignant ne suffit pas : l'accusé doit également avoir pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement et croire que le plaignant a manifesté son consentement à l'activité sexuelle. Or, cela est impossible si le plaignant est inconscient. [Par. 48.]

[19] Dans *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, [1995] A.C.S. n° 57 (QL), l'arrêt auquel la juge en chef s'est reportée, la Cour suprême devait déterminer si le juge du procès avait eu raison de ne pas soumettre au jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. La juge L'Heureux-Dubé a expliqué qu'il n'est pas nécessaire de soumettre au juge des faits le moyen de défense s'il n'est pas vraisemblable. Elle a examiné les précédents où des récits diamétralement opposés avaient été présentés et elle a résumé le droit comme suit :

En résumé, lorsque la plaignante et l'accusé donnent une version semblable des faits et que la seule contradiction importante réside dans leur interprétation de ce qui est survenu, la défense de croyance sincère mais erronée au

consentement devrait alors généralement être soumise à l'appréciation du jury, sauf dans les cas où la conduite de l'accusé montre qu'il a ignoré [*sic*] volontairement l'absence de consentement ou qu'il ne s'en est pas soucié. Par contre, les tribunaux refusent généralement de soumettre à l'appréciation du jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, lorsque l'accusé fonde clairement sa défense sur un consentement délibéré et qu'il témoigne également que la plaignante a participé activement, passionnément et volontairement, tandis que cette dernière affirme avoir résisté énergiquement. En pareils cas, la question qui se pose généralement est une simple question de crédibilité, de consentement ou d'absence de consentement.

[Par. 26.]

[20] Étant donné ce qui précède, il n'est pas étonnant que l'avocat de la défense ait préféré ne pas plaider la croyance sincère mais erronée. Il savait que, si le juge du procès concluait que la plaignante avait été inconsciente pendant une partie de l'activité sexuelle, M. Randall ne pourrait pas avoir recours à cette défense : si un plaignant est inconscient, il ne peut y avoir consentement. Il savait également que, si le juge concluait qu'elle avait dit non, l'accusé ne pourrait alléguer qu'il avait compris sincèrement, mais erronément, que la plaignante avait consenti à l'activité. Il semble évident que l'avocat qui représentait l'accusé au procès savait parfaitement que, pour obtenir l'acquiescement de M. Randall, il devrait susciter un doute raisonnable en ce qui concerne le consentement réel de la plaignante. Il fallait ici déterminer s'il y avait eu consentement ou absence de consentement, plus précisément s'il y avait doute raisonnable sur ce point, et la défense de croyance sincère mais erronée n'était tout simplement pas vraisemblable.

C. *La déclaration disculpatoire*

[21] Ce moyen d'appel avance essentiellement que le juge du procès n'a pas appliqué à la déclaration disculpatoire de M. Randall la démarche analytique de *R c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL), arrêt abondamment cité de la Cour suprême du Canada.

[22] *W.(D.)* était aussi une affaire d'agression sexuelle, mais dont le procès avait eu lieu devant jury. Peu après son exposé principal, le juge avait donné aux jurés des directives supplémentaires. Il leur avait dit : « En fin de compte, la question centrale que vous avez à décider c'est si vous allez croire la plaignante ou si vous allez croire l'accusé. » (par. 14). Comme la Cour suprême l'a souligné, cette directive est erronée, parce que la question centrale que le jury doit trancher, en fin de compte, est celle de savoir si la preuve de l'infraction est faite hors de tout doute raisonnable. Le juge Cory a donné l'explication suivante :

Il est manifeste que le juge du procès a commis une erreur dans son exposé supplémentaire. Il est incorrect d'indiquer aux jurés, dans une affaire criminelle que, pour arriver à un verdict, ils doivent décider s'ils ajoutent foi à la preuve de la défense ou à celle de la poursuite. Énoncer cette alternative aux jurés écarte une troisième option possible, celle que les jurés, sans croire l'accusé et après avoir tenu compte de la déposition de l'accusé dans le contexte de l'ensemble de la preuve, puissent encore avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

Dans une affaire où la crédibilité est importante, le juge du procès doit dire au jury que la règle du doute raisonnable s'applique à cette question. Le juge doit dire aux jurés qu'il n'est pas nécessaire qu'ils ajoutent fermement foi à la déposition de l'un ou l'autre témoin ou qu'ils rejettent entièrement cette déposition. Plus précisément, le juge doit dire aux jurés qu'ils sont tenus d'acquitter l'accusé dans deux cas. Premièrement, s'ils croient l'accusé. Deuxièmement, s'ils n'ajoutent pas foi à la déposition de l'accusé, mais ont un doute raisonnable sur sa culpabilité après avoir examiné la déposition de l'accusé dans le contexte de l'ensemble de la preuve. Voir *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (C.A. Ont.), confirmé par *R. c. Morin*, précité, à la p. 357.

Idéalement, il faudrait donner des directives adéquates sur le sujet de la crédibilité non seulement dans l'exposé principal mais dans tout exposé supplémentaire. Le juge du procès pourrait donner des directives au jury au sujet de la crédibilité selon le modèle suivant :

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.

Troisièmement, même si n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé.

Si on utilisait cette formule, on éviterait l'erreur qu'on trouve trop souvent dans les exposés supplémentaires. L'obligation du ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable est fondamentale dans notre système de droit criminel. Il faudrait prendre tous les moyens possibles pour éviter de commettre des erreurs dans les directives au jury sur ce principe fondamental.

[Par. 26 à 28.]

[23] La publication de ces propos a été suivie d'un quasi-déluge d'appels où il était avancé que le juge du procès avait commis une erreur en ne reprenant pas la démarche de *W.(D.)*. Je me demande même s'il est déjà arrivé qu'une décision génère à elle seule autant de demandes de contrôle par des tribunaux d'appel. Beaucoup de ces appels se sont révélés sans fondement, parce que, comme le juge Cory l'expliquait lui-même au paragraphe suivant de *W.(D.)* : « [L]'omission de se servir de ce modèle n'est pas fatale si l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent » (par. 29). Dans *W.(D.)*, d'ailleurs, la Cour a rejeté l'appel sur ce fondement.

[24] M. Randall affirme que, suivant l'arrêt rendu par notre Cour dans *R.S.L. c. R.*, 2006 NBCA 64, 300 R.N.-B. (2^e) 24, la déclaration disculpatoire d'un accusé présentée en preuve par le poursuivant doit être traitée comme une preuve produite par la défense.

[25] Dans *R.S.L.*, le poursuivant avait présenté en preuve l'enregistrement subreptice d'une conversation au cours de laquelle l'accusé avait fait des déclarations disculpatoires. L'appel portait entre autres, principalement, sur la directive erronée par

laquelle le juge du procès avait indiqué au jury qu'il pouvait « admettre la véracité d'un élément de preuve seulement [s'il le croyait] vrai hors de tout doute raisonnable », et sur son défaut d'expliquer qu'un doute raisonnable pouvait provenir d'une preuve qui n'est pas tenue pour crédible. Notre Cour a conclu que le juge du procès avait fait erreur et a indiqué ce qui suit :

Je ne vois aucune raison valable de traiter une déclaration exculpatoire 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. [Par. 100.]

[26] Je précise, par souci de clarté, que *R.S.L.* n'établit pas qu'on doit accorder à la déclaration extrajudiciaire d'un accusé le même poids qu'à son témoignage. Il se peut que le même poids lui soit accordé, mais il revient au juge des faits d'en décider compte tenu de l'ensemble des circonstances, notamment en prenant en considération que la déclaration n'a pas été faite sous serment et que son auteur n'a pas été contre-interrogé. *R.S.L.* établit simplement que le doute raisonnable peut avoir pour origine tant la preuve du poursuivant que celle de la défense. De plus, comme le juge Cromwell l'a rappelé récemment dans *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, le doute raisonnable peut aussi provenir de « l'absence de preuve » (par. 25).

[27] Dans *R.S.L.* comme dans *W.(D.)*, le procès avait eu lieu devant jury. Les deux arrêts insistent sur la nécessité de directives qui indiqueront clairement au jury que le fardeau n'échoit en aucun cas à l'accusé et qu'il ne peut être déclaré coupable si la preuve de culpabilité ne satisfait pas à la norme pénale. Les juges le savent; les jurés, pas nécessairement. C'est pourquoi les juges doivent préparer avec soin l'exposé au jury, afin de garantir qu'il soit convenablement instruit du droit. Quant aux procès devant un juge seul, ni *W.(D.)* ni *R.S.L.* n'entendaient imposer au juge du procès une formule rituelle pour l'appréciation de la preuve ou l'énonciation de ses motifs. Les juges sont censés

connaître le droit, et certainement comprendre la présomption d'innocence et le fardeau de preuve applicable en matière criminelle. Il est d'ailleurs expressément indiqué, dans *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, [1994] A.C.S. n° 91 (QL), que la procédure de *W.(D.)* n'est pas censée être reprise « mot à mot comme une incantation » (para. 24). Comme la juge Abella l'a expliqué dans *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5, « [l']essentiel consiste à savoir si le fardeau et la norme de preuve appropriés ont été appliqués, et non quelle formulation a été utilisée pour les appliquer » (par. 7).

[28] Le présent procès, contrairement aux procès des affaires *W.(D.)* et *R.S.L.*, n'a pas eu lieu devant jury. Nous ne pouvons pas soumettre les motifs du juge du procès au même crible analytique que des directives au jury. La juge Abella l'a rappelé dans *C.L.Y.* :

Soit dit en tout respect, contrairement à mon collègue le juge Fish, je ne crois pas qu'en omettant de se conformer à l'arrêt *W. (D.)* comme à un catéchisme, la juge du procès se soit engagée dans une voie qui mène normalement à l'erreur. Parmi plusieurs remarques utiles formulées dans *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), p. 203-205, pour avertir les juges d'appel de ne pas disséquer, décortiquer ni examiner à la loupe les motifs d'un juge de première instance, les propos suivants du juge Doherty constituent des rappels particulièrement pertinents en l'espèce :

[TRADUCTION] Les motifs d'un juge de première instance ne peuvent être lus ou analysés comme s'il s'agissait de directives au jury. Les directives guident les jurés profanes dans leur démarche, en leur indiquant le chemin à suivre pour parvenir à un verdict. Le juge du procès exprime ses motifs après être parvenu au terme de sa démarche et y explique pourquoi il en est arrivé à une conclusion en particulier. Les motifs ne sont pas censés exprimer intégralement le raisonnement qui a mené le juge à un verdict et ne doivent pas être perçus comme tels.
[p. 204]

[...]

[...] Lorsqu'un énoncé des motifs d'un juge de première instance peut donner lieu à deux

interprétations, il faut privilégier celle qui est compatible avec la présomption voulant que le juge du procès connaisse le droit applicable, plutôt que celle qui laisse croire à une application erronée du droit : *R. c. Smith* (1989), 95 A.R. 304 (C.A.), p. 312-313; confirmé par [1990] 1 R.C.S. 991, 109 A.R. 160, 111 N.R. 144. [p. 203-204].

[Par. 11.]

On trouve, aux par. 8 à 12 de l'opinion dissidente du juge d'appel Deschênes dans *S.S. c. R.*, 2011 NBCA 75, 376 R.N.-B. (2^o) 146, un résumé utile des raisons de la distinction à faire entre les directives données au jury et les motifs d'un juge.

[29] *S.S.* est une affaire où la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée, en partie parce qu'il a été conclu que le juge du procès, qui n'avait pas donné de motifs empruntant une démarche analytique analogue à celle de l'arrêt *W.(D.)*, avait appliqué incorrectement la norme du doute raisonnable à laquelle le poursuivant doit satisfaire au criminel. Encore que la majorité ait engagé les juges du procès à reprendre le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *W.(D.)*, *S.S.* n'établit pas qu'y manquer se traduira nécessairement par une erreur justifiant d'infirmer le jugement. Cet arrêt de notre Cour ne pourrait d'ailleurs l'établir, puisque la Cour suprême a indiqué clairement que tel n'est pas le droit. Dans *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, [1994] A.C.S. n^o 30 (QL), le juge McLachlin (tel était alors son titre) a énoncé le droit :

L'omission d'indiquer expressément que tous les facteurs pertinents ont été considérés pour en arriver à un verdict ne constitue pas une raison d'admettre un appel en application de l'al. 686(1)a). Cela est conforme à la règle générale selon laquelle le juge du procès ne commet pas une erreur du seul fait qu'il ne motive pas sa décision sur des questions problématiques : voir *R. c. Smith*, [1990] 1 R.C.S. 991, confirmant (1989), 95 A.R. 304, et *Macdonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665. Le juge n'est pas tenu de démontrer qu'il connaît le droit et qu'il a tenu compte de tous les aspects de la preuve. Il n'est pas tenu non plus d'expliquer pourquoi il n'a pas de doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé. L'omission d'accomplir l'une de ces choses ne permet pas en soi à une cour d'appel d'annuler le verdict.

Cette règle est logique. Obliger les juges du procès qui sont appelés à présider de nombreux procès criminels à traiter, dans leurs motifs, de tous les aspects de chaque affaire ralentirait incommensurablement le système de justice. Les juges du procès sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours. S'ils formulent leurs conclusions avec concision et si ces conclusions s'appuient sur la preuve, il n'y a pas lieu d'infirmier le verdict simplement parce qu'ils n'ont pas analysé des aspects accessoires de l'affaire. [Par. 17 et 18.]

[30] Quatorze ans plus tard, la Cour suprême a confirmé que l'énoncé précité demeurerait représentatif du droit. Dans *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, la juge en chef McLachlin, à propos du but et du caractère suffisant des motifs d'un juge siégeant seul, a précisé ce qui suit : « Les motifs doivent être suffisants pour remplir leurs fonctions qui consistent à expliquer pourquoi l'accusé a été déclaré coupable ou acquitté, rendre compte devant le public et permettre un examen efficace en appel » (par. 15). Elle a ajouté :

Ces buts seront atteints si les motifs, considérés dans leur contexte, indiquent pourquoi le juge a rendu sa décision. Il ne s'agit pas d'indiquer comment le juge est parvenu à sa conclusion, ou d'une invitation à « suivre son raisonnement », mais plutôt de révéler pourquoi il a rendu cette décision. La Cour d'appel de l'Ontario a prononcé l'arrêt *Morrissey* avant que notre Cour confirme l'obligation de fournir des motifs dans *Sheppard*. L'arrêt *Morrissey* décrit toutefois bien l'objet des motifs du juge de première instance. Le juge Doherty affirme, à la p. 525 : [TRADUCTION] « En motivant sa décision, le juge de première instance essaie de faire comprendre aux parties le résultat et le pourquoi de sa décision » [soulignements de la juge en chef McLachlin]. L'essentiel est d'établir un lien logique entre le « résultat » – le verdict – et le « pourquoi » – le fondement du verdict. Il doit être possible de discerner les raisons qui fondent la décision du juge, dans le contexte de la preuve présentée, des observations des avocats et du déroulement du procès.

Le juge peut expliquer le « pourquoi » de sa décision et son lien logique avec son « résultat » sans nécessairement énoncer chacune des constatations ou conclusions qui l'ont

amené au verdict. Pour reprendre les propos tenus par le juge Doherty à la p. 525 de l'arrêt *Morrissey* :

[TRADUCTION] Les motifs d'un juge de première instance ne sauraient être considérés ni analysés comme s'il s'agissait d'instructions au jury. Les instructions au jury indiquent à des non-juristes le chemin à suivre pour parvenir à un verdict. Les motifs d'un jugement sont exprimés une fois le juge de première instance parvenu à la fin de ce cheminement et expliquent pourquoi il est arrivé à telle ou telle conclusion. Ils ne sont pas censés et ne doivent pas être interprétés comme l'énonciation de chacune des étapes du processus que le juge a suivi pour parvenir à un verdict. [Soulignements de la juge en chef McLachlin.]

Le juge n'est pas tenu d'expliquer des points bien établis, non controversés ou compris et acceptés par les parties. Cela vaut à la fois pour les règles de droit et pour les éléments de preuve. En ce qui a trait au droit, le juge Doherty a ajouté ce qui suit, dans *Morrissey*, p. 524 :

[TRADUCTION] Lorsque l'issue d'une affaire tient à l'application de principes de droit bien établis aux faits constatés après l'examen d'éléments de preuve contradictoires, le juge du procès n'est pas obligé d'exposer ces principes de droit pour démontrer aux parties, et encore moins au tribunal d'appel, qu'il les connaissait et qu'il les a appliqués. [Par. 17 à 19.]

[31] La juge en chef McLachlin a plus particulièrement déclaré ce qui suit, à propos de ce qui nous intéresse ici :

Tout comme il est raisonnable d'inférer que le juge du procès a saisi l'importance de la preuve, il est généralement raisonnable d'inférer qu'il comprend les principes fondamentaux du droit criminel en cause dans le procès. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'on a statué à plusieurs reprises que « [l]es juges du procès sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours » : *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664, où la Cour a refusé l'idée d'imposer au juge du procès l'obligation positive de démontrer qu'il a apprécié chaque aspect de la preuve pertinente. Le juge du procès n'est pas tenu de réciter des pages de « formule standard » ni de revoir en détail la jurisprudence et la

doctrine bien établies, et l'omission de le faire ne constitue pas une erreur de droit. Comme le juge Binnie l'a souligné dans *Sheppard*, par. 55 [...] :

Il faut tenir compte des délais et du volume des affaires à traiter dans les cours criminelles. Le juge du procès n'est pas tenu à une quelconque norme abstraite de perfection. On ne s'attend pas et il n'est pas nécessaire que les motifs du juge du procès soient aussi précis que les directives adressées à un jury.

De même, dans *Dinardo*, la Cour a statué, sous la plume de la juge Charron, que le juge du procès n'était pas tenu de réciter la règle énoncée dans l'arrêt *W. (D.)* s'il ressortait des motifs qu'il avait saisi l'essentiel de la question fondamentale du doute raisonnable dans le contexte de l'appréciation de la crédibilité.

[Par. 45 et 46.] [Je souligne.]

Il ressort des passages précités que ce qu'établissent les motifs de la majorité, dans *S.S.*, c'est que le juge du procès, comme le jury, doit appliquer la norme du doute raisonnable et que, s'il se trouve quelque chose dans les motifs ou dans le verdict qui, interprété en contexte, montre « [qu'il] n'a pas appliqué correctement la norme du doute raisonnable » (par. 37), l'intervention de l'instance d'appel est admise sur le fondement d'une erreur de droit. L'erreur consiste toutefois, non pas à avoir omis de donner des motifs qui auraient explicité des principes de droit acquis, mais à ne pas avoir appliqué la norme appropriée. Dans *S.S.*, les juges majoritaires ont conclu, en définitive, que la juge du procès n'avait « pas tenu compte du fardeau qui échoit au ministère public de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. »

[32] En résumé, *Burns* nous enseigne que les juges du procès sont censés connaître le droit, et des arrêts tels *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788, *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245, et *R.E.M.* confirment qu'une énonciation détaillée du droit, ou même de la preuve, n'est pas nécessaire lorsque les motifs, interprétés dans le contexte que forment le dossier et les observations présentées sur les questions en litige au procès, montrent que le juge a saisi l'essentiel de la question.

[33] Si la majorité, dans *S.S.*, a conclu que quelque chose dans les motifs de la juge montrait qu'elle n'avait pas appliqué correctement la norme du doute raisonnable, la même erreur n'a pas été commise ici. À considérer les motifs du juge dans le contexte du procès et des arguments présentés, il apparaît manifestement qu'il savait, non seulement quelle était la question à trancher, mais aussi quel était le fardeau dont le poursuivant devait s'acquitter pour obtenir une déclaration de culpabilité. Le juge ne s'est pas contenté d'accueillir le témoignage de la plaignante, il est allé plus loin : il a conclu expressément que l'infraction était prouvée hors de tout doute raisonnable. Malgré que ses motifs ne soient pas détaillés, ils attestent que le juge n'a jamais perdu de vue le principe juridique primordial, qui exige la preuve de l'infraction hors de tout doute raisonnable.

[34] La question en litige, en l'espèce, était celle de savoir si la défense avait suscité un doute raisonnable sur le non-consentement de la plaignante à l'activité sexuelle à l'origine de l'accusation. Comme nous l'avons vu, la plaignante ne pouvait avoir donné son consentement si elle avait été inconsciente pendant l'activité et le tribunal ne pouvait conclure au consentement si elle avait dit non. M. Randall maintenait que la plaignante avait été consciente pendant toute l'activité sexuelle et que l'activité avait immédiatement cessé, dès qu'elle avait dit non. L'argument que la défense a adressé au juge du procès était exactement le suivant :

[TRADUCTION] La défense soutient que le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau – qui lui échoit entièrement – de prouver hors de tout doute raisonnable qu'il n'y a pas eu consentement en l'espèce, ou qu'il y avait incapacité.

[35] L'argumentation de la défense était axée tout entière sur la fiabilité du témoignage de la plaignante. L'accusé invoquait l'ivresse de la plaignante et son souvenir incertain des événements survenus chez lui. Le moment venu de rendre son verdict, le juge du procès a indiqué ce qui suit : [TRADUCTION] « La seule question à trancher est celle de savoir si la plaignante a consenti à l'activité. » Il est cependant clair, compte tenu de sa conclusion que le ministère public avait [TRADUCTION] « prouvé l'infraction hors de tout doute raisonnable », que le juge appliquait la norme de preuve pertinente et

qu'il n'entretenait aucun doute raisonnable quant au non-consentement de la plaignante à l'activité sexuelle. Il apparaît manifestement qu'il en était ainsi, à mon sens, à l'examen : 1) du dossier, 2) des observations présentées au juge, où la question en litige était formulée correctement, 3) des motifs, succincts il est vrai, mais qui, en dépit de leur brièveté, montrent que le juge s'est arrêté à la question fondamentale du doute raisonnable avant de conclure que le ministère public avait prouvé l'infraction.

V. Dispositif

[36] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter l'appel. Quant à la demande d'autorisation d'appeler de la peine, rien ne me paraît justifier l'intervention de notre Cour et je suis d'avis de la rejeter aussi. Il s'ensuit que la mise en liberté provisoire, accordée dans l'attente d'une décision de notre Cour, est annulée. J'ordonne à M. Randall de se livrer sur-le-champ, sans quoi un mandat d'arrestation sera décerné contre lui.