

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

44-13-CA

TRAVIS JOHN GAHAN

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Gahan v. R., 2014 NBCA 18

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
January 24, 2013 (conviction)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
September 10, 2013

Judgment rendered:
April 8, 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Richard

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Gary A. Miller, Q.C.

For the respondent:
Christopher R. Lavigne

TRAVIS JOHN GAHAN

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

Gahan c. R., 2014 NBCA 18

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 24 janvier 2013 (déclaration de culpabilité)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 10 septembre 2013

Jugement rendu :
le 8 avril 2014

Motifs de jugement :
l'honorable juge Richard

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Green

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Gary A. Miller, c. r.

Pour l'intimée :
Christopher R. Lavigne

THE COURT

The application for leave to appeal on grounds that raise questions of fact or mixed law and fact is dismissed, as is the appeal on grounds that raise questions of law.

LA COUR

La demande d'autorisation d'appel fondée sur des moyens soulevant des questions de fait ou des questions mixtes de droit et de fait est rejetée, de même que l'appel fondé sur des moyens soulevant des questions de droit.

The following is the judgment delivered by

RICHARD, J.A.

I. Introduction

[1] On December 27, 2010, an 18-year-old university student accompanied her cousin and a friend to a party at Mr. Gahan's home in the Fredericton area. The young woman ("the complainant") did not know Mr. Gahan, who was the same age as her, nor did she know anyone at the party other than those she accompanied there. At some point, the complainant and Mr. Gahan ended up alone in the bedroom of an apartment in the lower part of the house where sexual activity occurred. It is what happened in that room that was to become the focus of a subsequent trial on a charge alleging Mr. Gahan sexually assaulted the complainant. The trial was to become yet another of the many cases where the principal issue to be determined essentially pits the credibility of a complainant against that of an accused. Of course, the issue is not simply a matter of determining which version is believed. Rather, the role of the trial judge in cases of this nature is to assess the testimony of the accused and determine whether the exculpatory testimony is believed, whether it raises a reasonable doubt, and, failing both, whether the prosecution has proven the case beyond a reasonable doubt: *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] 1 S.C.J. No. 126 (QL). An affirmative answer to either of the first two inquiries, or a negative answer to the third, must result in an acquittal. Conversely, a conviction is only possible if the accused is not believed, if his evidence does not of itself raise a reasonable doubt, and if the prosecution has proven the case beyond a reasonable doubt.

[2] On January 24, 2013, a judge of the Provincial Court pronounced Travis John Gahan guilty of sexual assault (s. 271(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46), and, on March 4, sentenced him to a term of imprisonment followed by probation, and subjected him to a number of ancillary orders. Raising six grounds of appeal, Mr. Gahan appeals the conviction. He submits the cumulative effect of a number of errors

resulted in a miscarriage of justice. The Attorney General concedes the trial judge committed some errors, but maintains these were insignificant and had no impact on the verdict. The Attorney General argues the curative *proviso* set out in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied and the appeal dismissed. This *proviso* enables the Court of Appeal to dismiss an appeal even if it concludes the judge erred on a question of law, “if it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.”

II. Background

[3] On December 27, 2010, the complainant, an 18-year-old university student, was visiting her cousin and family in Fredericton. Her cousin and a friend invited her to accompany them to what they understood to be a “sliding” party at Mr. Gahan’s home. As a result, the three women brought their winter outerwear for this activity. Arriving at the Gahan residence, the complainant was introduced to a small group of people who were already there. For a while, the three young women sat in the kitchen with the others, and, at some point, Mr. Gahan and the complainant sat near one another and had a conversation. At trial, some would describe them as flirting with one another. Both Mr. Gahan and the complainant were drinking alcoholic beverages, the complainant admitting to only one to three drinks of vodka and orange pop as well as a few sips of wine and Mr. Gahan to perhaps eight beers and a glass of wine over the course of the entire evening. After spending some time in the kitchen, the complainant made her way into the living room where she watched some television and played with a dog. It is the events that occurred from this point onward that would eventually become the critical factual issue at trial.

[4] The complainant testified that, as she was sitting in the living room, Mr. Gahan walked by, saw her and came over and sat close beside her. She says Mr. Gahan told her he was not being a good host because he had not shown her the house. She declined a tour of the house, but Mr. Gahan insisted, taking her by the wrist, pulling her up and telling her to come with him. Reluctantly, the complainant followed Mr. Gahan to

the lower part of the split-entry home. He guided her to a bedroom, closed the door and turned on the lights. The complainant says that at that point, Mr. Gahan started kissing and touching her, while she tried to make excuses as to why she did not want to be with him. He told her to take her clothes off, but she refused. He removed some of his own clothing, turned off the light, then removed some of her clothing and pushed her onto the bed. The two then engaged in sexual activity, the nature of which need not be described for the purposes of this appeal. Suffice it to say that the complainant testified she continued to say “no” and that, at one point, she began to cry. When the activity stopped, she dressed quickly, only to later realize she had put on her shirt inside out. Mr. Gahan asked her why she was crying, but the complainant did not reply. She left the lower part of the house, ran upstairs to the kitchen and told her cousin and their friend what had just happened, telling them she thought she had just been raped. Without retrieving her outerwear, the complainant left the house on foot in what was described as blizzard conditions. Several cars pulled over as she was walking along the street and the occupants offered to help, but she refused assistance. It was not until her cousin and two others located her that she got into a car. Her cousin had already called the complainant’s parents, so they met them nearby and from there proceeded to the hospital.

[5] In contrast, Mr. Gahan testified to a markedly different version of events. He testified that as he was walking by the living room, he saw the complainant sitting in the living room texting on her phone and watching television. He went in the living room to see if they might eventually “hook” up, which he described as “having sexual relations.” He sat next to her, put his hand on her leg above her knee and said he was a terrible host for not having given her a tour of the house. The complainant agreed to go with him. Together, they made their way to the lower part of the house, going first to a recreation room where they kissed passionately. In that room, Mr. Gahan took off his shirt and they caressed each other. Mr. Gahan then offered to show the complainant a basement apartment located nearby that was vacant because the tenant was away for the holiday season. She agreed. They first went into a utility room where they resumed kissing and caressing before proceeding into the apartment. They went into the spare bedroom of the apartment, where they undressed and engaged in sexual activity. Mr.

Gahan described all events as “consensual” and mutually pleasurable. He testified the complainant at no time expressed any reluctance to follow him downstairs and was a willing participant in all the activities leading to and during their sexual encounter. According to him, she would have had ample opportunities to refuse or to leave. Mr. Gahan admits that while they were dressing after their sexual activity, he noticed the complainant was “a little bit upset” and that “her eyes were teared up a little bit.” He believes this to have been because the complainant was afraid her cousin would know she had had sex with Mr. Gahan. He told the complainant they need not tell her cousin and she agreed. Mr. Gahan then made his way to the kitchen and rejoined the party. A few minutes later, he noticed the complainant, her cousin and their friend in the living room and saw that all three looked upset. He did not interact with them but went to the garage to smoke a cigarette with a friend. He told his friend he had been with the complainant and that it was “awkward and wasn’t meant to be”, testifying he had given this description because he had been unable to maintain an erection. He later became aware the complainant had left his house and that the other two women had gone out looking for her.

[6] The complainant was examined at the hospital, but the physician “did not see any obvious signs of trauma,” noting the absence of any bruising or laceration on her body.

[7] The police were called, and the ensuing investigation led to Mr. Gahan being charged with sexual assault. At trial, several of the people who had been at the Gahan residence the evening of December 27, 2010, testified. In some respects, their accounts of the events, leading to and following the time Mr. Gahan and the complainant had left the main part of the house, varied. None offered any direct insight on the critical events that took place in the lower part of the house.

[8] In rendering his decision, the Provincial Court judge began by reviewing the testimony of the various witnesses, including that of the complainant and Mr. Gahan. Having done this, the judge then described his task in the following words:

It is obvious that the issue to be determined in this case is whether or not [the complainant] consented to the sexual activity she engaged [in] with Travis Gahan. One issue that need not be determined is the *actus reus* of the offence, because the defence conceded that it had been proven.

As in most cases of these types, the issue will be determined in accordance with the principles as they are set out in *R. v. W.D.*, a decision of the Supreme Court of Canada [1991] 1 S.C.R. 742: (1) if I believe the accused I must acquit; (2) if I don't know whether to believe the accused or the complainant, I must acquit; (3) if I do not reject the evidence of the accused, I must acquit; (4) [only] if I disbelieve the accused and I am convinced beyond a reasonable doubt that the Crown has proven each and every element of the offence, can a verdict of guilty be registered. Those are the principles which I am bound by to consider when determining the question of credibility.

The next issue to be determined is a determination of proof beyond a reasonable doubt. That concept was defined, again, in the Supreme Court of Canada in *R. v. Lifchus*, [1997] 5 C.R. (5th) 1 and *R. v. Starr*, [2001] 36 C.R. (5th) 1. So what is proof beyond a reasonable doubt? Proof beyond a reasonable doubt is alive in every criminal trial and is attached to the presumption of innocence. It isn't proof of absolute certainty. It is not proof beyond any doubt nor is it an imaginary or frivolous doubt. It is based on common sense and reason, not on sympathy or prejudice. It falls much closer to absolute certainty than on a balance of probability, the principle enunciated in *Starr*.

[9] The judge then went on and assessed the testimony of both the complainant and Mr. Gahan, noting that, in his view, the complainant's testimony was not exaggerated whereas that of Mr. Gahan was "as if somebody gave him a script and he practiced it." In the end, upon being convinced the complainant had not consented to the sexual activity and that the prosecution had "proven its case beyond a reasonable doubt on each and every essential element of the offence," the judge convicted Mr. Gahan.

III. Issues

[10] Mr. Gahan appeals his conviction on grounds that involve questions of law and applies for leave to appeal on those that involve questions of fact or questions of mixed law and fact. He enumerates his grounds of appeal as follows:

1. Crown counsel's improper cross-examination of the appellant's access to disclosure material resulted in a miscarriage of justice;
2. The trial judge erred in failing to admonish Crown counsel for the improper cross-examination of the appellant on his access to disclosure and compounded the error by using it in his assessment of the credibility of the appellant and further prejudiced the defence by focusing upon the appellant's demeanor in making a negative decision regarding his credibility;
3. The trial judge erred in cross-examining a defence [witness] and the appellant such that a miscarriage of justice has occurred;
4. The verdict is unreasonable in that the trial judge misapprehended the evidence in that he:
 - a) misapprehended the post-event conduct of the appellant;
 - b) misapprehended the evidence in holding that certain Crown evidence corroborated the complainant's evidence;
 - c) failed to appreciate the significance of the "flirting" evidence that tended to corroborate the appellant's evidence of consensual sex;
 - d) misapprehended and/or failed to consider other evidence which played a role in his decision to convict;
5. The trial judge erred in admitting the Statistics Canada statistical evidence and in relying on it in his judgment;

6. The trial judge erred in deciding the case on the basis of what “a reasonable person” would decide.

IV. Analysis

A. *Crown counsel’s cross-examination (Grounds 1 and 2)*

[11] What follows is the exchange during the cross-examination of Mr. Gahan that forms the subject-matter of the first and second grounds of appeal:

Q. Did anybody tell you what to say or tell you what words to use?

A. No.

Q. You’ve had lots of time to go over everything, like you said it’s almost two years, right?

A. Yes ma’am, it’s been almost two years.

Q. Um-hmm. You’ve gone over the disclosure?

A. Yes, ma’am, I’ve read the disclosure.

Q. And you’ve read people’s statements?

A. I have.

Q. And then you’ve rehearsed your testimony numerous times, correct?

A. I’ve read it; I’ve thought about what it – had happened that night. I’ve went over it in my mind many times since this in – since I was accused of this.

Q. Um-hmm.

A. Yes I have.

[12] To place this exchange in context, it occurred as the prosecutor was challenging Mr. Gahan on his use of what she believed were technical terms to describe

the events of what had taken place. Specifically, the prosecutor was questioning Mr. Gahan on his use of terms such as “consensual”, “compliant” and a “woven cotton cord” and was suggesting to him that these were not words he would commonly use to describe the activities he had just related in direct examination. Although admitting he had rehearsed his testimony, Mr. Gahan stood his ground on his use of those terms. This led to the impugned exchange.

[13] Mr. Gahan submits this exchange constituted improper cross-examination, in that it referenced his access to the disclosure materials. He says his credibility should not be attacked because he exercised his constitutional right to disclosure in making full answer and defence. He submits the matter was compounded when, in her final arguments, the prosecutor submitted as follows:

Now, I would submit to you Your Honour that the only thing that the accused’s testimony is consistent with is someone going through what everyone else has said, either in their statement to police, on the stand, or both, rehearsing his testimony countless times. Countless being his words that he used when I asked him. And making his testimony fit, as best it could, with what he already knows the evidence to be that came out.

[14] To put that argument in context, it was made as the prosecutor was pointing out some inconsistency between a certain part of Mr. Gahan’s testimony and that of other witnesses. This is when the prosecutor alluded to Mr. Gahan having reviewed the statements or heard the testimony of others and having rehearsed his testimony, arguing that, for the most part, his testimony appeared “script[ed].” The prosecutor continued:

You’ll recall I questioned Mr. Gahan on how many times he had rehearsed his testimony. He, he said “countless”, eventually. Countless times. I would submit to Your Honour that it was quite evident when he was testifying that he rehearsed his testimony countless times. I say this because, obviously in your assessment of credibility, Your Honour has to take into account the demeanor of the witness. The demeanor of Mr. Gahan was somebody who had a script and had memorized it and had read it word for word, over and over and over again. I gave him ample

opportunity to tell me on cross-examination that he doesn't normally use those words, but in preparing for his testimony he decided to use these words. Something. Anything. But he wouldn't tell me that. I asked him "When you talk about sex with your friends, do you usually say "I had consensual sex"? "Oh yes." he said, "Yes I do." That word was used over and over and over again. He stuck to exact phrases on direct, exact phrases on cross. When I asked him a question, usually wasn't answered but he stuck to the phrase that he had given us in direct. I would submit to you, Your Honour, when you're assessing credibility you can look at that testimony and realize that the accused was not testifying based upon his memory of what actually happened on that date.

THE COURT: So, in other words, he was testifying based on a script.

MS. BLUNSTON: Yes. And I would submit when you look at the testimony of the other persons who testified, that that wasn't the case.

[15] Relying on several decisions of the Ontario Court of Appeal, Mr. Gahan says it was improper for the judge to have allowed the prosecutor to cross-examine Mr. Gahan on the fact he had received disclosure of the prosecution's case. Mr. Gahan says the error was compounded when the judge then made use of this improper line of questioning in making credibility findings.

[16] In *R. v. I.W.*, [1999] O.J. No. 258 (C.A.) (QL), an accused appealed his conviction on a charge of sexual assault. For the Court, Doherty J.A. saw some merit to the accused's contention he had improperly been cross-examined in a way calculated to suggest his testimony was suspect because he had received full disclosure of the prosecution's case. While this ground of appeal was ultimately dismissed because the judge had given immediate and direct admonitions to the jury "which undercut the improper suggestions implicit in the questions put by Crown counsel" and "were sufficient to dispel the harm done by the questions" (para. 21), Doherty J.A. nevertheless opined as follows:

The line of questioning set out above seems calculated to suggest to the jury that the appellant's evidence was somehow suspect because he had received full disclosure and had not been subject to cross-examination prior to choosing to testify at trial. Not only are the suggestions improper, they are potentially prejudicial. As a matter of common sense, there may be considerable force to the suggestion that a person who gets full advance notice of the other side's evidence and testifies last is in a position to tailor his or her evidence to fit the disclosure. That inference, no matter how logical, cannot be drawn without turning fundamental constitutional rights into a trap for accused persons. Where any such suggestion seeps into the cross-examination of an accused, it must be eradicated by the trial judge.

[...]

I do not intend to suggest that every line of cross-examination involving reference to disclosure is improper. Sometimes, it will be necessary for the Crown to establish that an accused received disclosure as a step in a legitimate line of cross-examination. For example, the appellant had referred to telephone records of calls between himself and the complainant in the course of his examination-in-chief. He had used those phone calls to assist him in placing the times and dates of certain meetings with the complainant. In cross-examination, Crown counsel brought out the fact that the appellant had full access to those records before he testified. This was proper cross-examination intended to show that the appellant was aware of the contents of the phone records before giving his evidence and that any suggestion that the records confirmed his testimony should be considered in that light.

While questions concerning disclosure are appropriate in some situations, they are always potentially dangerous. I think the prudent course whenever Crown counsel wish to cross-examine on matters relating to disclosure is to vet the proposed line of questioning with the trial judge in the absence of the jury. [paras. 20, 22-23]

[17] In *R. v. Shell*, [2000] O.J. No. 3633 (C.A.)(QL), the Court ordered a new trial because there had been serious improprieties in the cross-examination of the accused

and insufficient instructions to the jury. In that case, the prosecutor had cross-examined the accused both on the fact he had initially remained silent and that he had reviewed the disclosure before testifying. This was compounded by the prosecutor's argument to the jury that the accused had a long time to think about his testimony, had full disclosure, had listened to the testimony at the preliminary inquiry and at trial, and was in a position to tailor his evidence. For the Court, Rosenberg J.A. held it "was wrong and unfair for Crown counsel to attempt to exploit the appellant's exercise of his rights" (para. 57). While the trial judge had later properly explained to the jury that no use could be made of the accused's exercise of his right to silence, the jury instructions had not featured any direction concerning the accused's access to disclosure.

[18] In *R. v. Thain*, 2009 ONCA 223, [2009] O.J. No. 1022 (QL), a trial judge convicted an accused of "internet luring" (s. 172.1(1)(c) of the *Criminal Code*). In rendering the verdict, the trial judge stated that the accused's credibility had to be assessed bearing in mind that his explanation for certain internet exchanges had come "long after disclosure was available to him." On appeal, the accused argued the trial judge had erred in assessing his credibility and that this statement was one of several illustrations of error. For the Court, Sharpe J.A. agreed. He held that "[i]t is wrong to state as a general proposition that the credibility of an accused must be assessed 'bearing in mind that his explanation comes long after disclosure was available to him'" (para. 20). He explained that while there may be instances where the receipt of disclosure materials might be relevant to an attack on credibility, this case was not one of them. Moreover, in that case, the use of the disclosure material in assessing credibility did not come from the prosecutor but rather from the trial judge when the reasons were delivered. Thus, the appellant had never been afforded an opportunity to refute such a suggestion and his counsel had not had an opportunity to address the point in argument.

[19] In *R. v. F.E.E.*, 2011 ONCA 783, [2011] O.J. No. 5738 (C.A.)(QL), the Court ordered a new trial because the accused had been excluded from the pre-charge conference thus impairing the appearance of fairness and compromising the transparency of the trial proceeding. In the process, the Court nevertheless commented on some of the

other grounds of appeal, one of which related to a reference to disclosure during the cross-examination of the accused. On this point, Watt J.A. had this to say:

Whether cross-examination of an accused about his or her receipt of and familiarity with prosecutorial disclosure is permissible or improper depends on the circumstances of each case: *R. v. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230, at para. 24. One instance in which it may be appropriate for a prosecutor to refer in cross-examination to an accused's receipt of disclosure is to undermine a defence of alibi, thereby to contend that the accused has tailored his or her evidence to fit the Crown's disclosure: *Thain*, at para. 24; *R. v. Khan* (1998), 126 C.C.C. (3d) 523 (B.C. C.A.), at para. 50; *R. v. Marshall* (2005), 77 O.R. (3d) 81 (C.A.), at para. 74-75; and *R. v. Simon* (2001), 154 C.C.C. (3d) 562 (Que. C.A.), at pp. 573-574.

On the other hand, a prosecutor's cross-examination of an accused that is calculated to suggest to the jury that an accused's testimony was suspect because she or he had received disclosure, knew the prosecution's case and had not been asked to reveal her or his own case until testifying at trial is at once improper and potentially prejudicial: *R. v. White* (1999), 42 O.R. (3d) 760 (C.A.), at pp. 767-768.

Where a complaint is made about the propriety of prosecutorial cross-examination of an accused, we must always keep in mind that improper cross-examination of an accused may taint a trial by causing actual prejudice to the accused or by creating the appearance of unfairness: *White*, at p. 764. [paras. 71-73]

[20] Finally, Mr. Gahan also relies on *R. v. Jorgge*, 2013 ONCA 485, [2013] O.J. No. 3343 (QL), a case he says is analogous. In that case, the trial judge had rejected the appellant's evidence partly on the basis he "had 'tailored' his trial testimony to 'fit' the arguments raised on a *voir dire* into the admissibility of his statement to the police" (para. 2). For the Court, Laskin J.A. held that the trial judge's "reasoning was improper because it subverted the appellant's right to be present at his trial" (para. 12). A new trial was ordered because the judge's "error figured prominently in the trial judge's adverse assessment of the appellant's credibility" (para. 19).

[21] I am in general agreement with the principles that can be derived from these Ontario decisions, which I summarize as follows:

- 1) While not every line of cross-examination involving reference to disclosure is improper, it is generally improper for a prosecutor to try to impugn an accused's credibility because the accused exercised his or her constitutional right to obtain disclosure of the case against him or her;
- 2) Whether cross-examination of an accused about his or her receipt of and familiarity with prosecutorial disclosure is permissible or improper depends on the circumstances of each case;
- 3) In a jury trial, where improper cross-examination occurs, the trial judge must properly eradicate it by giving the jury appropriate instructions;
- 4) Even in cases where the use of the accused's knowledge of disclosure is permissible, it is still improper for a judge to make use of it unless the accused was afforded an opportunity to refute such a suggestion and his counsel had an opportunity to address the point in argument; and,
- 5) In a judge alone case, where it is shown that reference to disclosure was improper and where this reference features prominently in the trial judge's adverse assessment of the accused's credibility, this constitutes an error of law and will likely lead to a new trial.

[22] In the second ground of appeal, Mr. Gahan submits the judge compounded the error of not admonishing the prosecutor for the improper cross-examination by using the fact Mr. Gahan had accessed disclosure in his credibility assessment and by focusing upon Mr. Gahan's demeanour in making a negative decision regarding his credibility. For my analysis, I will break this ground in two parts: (1) whether the judge relied on improper cross-examination in making his credibility assessment; and, (2) whether the

judge unduly focused on demeanour in making the credibility assessment. While I will analyze the first of these two parts now, I will only turn to the second part when I address the sixth of Mr. Gahan's grounds of appeal where I will review the factors that must be considered in making a credibility assessment.

[23] The Attorney General agrees it was improper for the prosecutor to suggest that an accused's credibility is diminished as a result of reviewing the disclosure materials. He nevertheless submits Mr. Gahan's arguments have no merit because the impugned cross-examination did not influence the trial judge's decision. The Attorney General points out that the trial judge was an experienced judge and is presumed to know the law. Unlike the *Thain* case, the decision makes no reference to the review of disclosure as a factor that was considered to negatively impact the accused's credibility.

[24] In his decision, the trial judge notes that, in his view, Mr. Gahan's testimony appeared to have been scripted, but nowhere does he expressly state he was drawing any unfavourable inference from the fact Mr. Gahan had reviewed the disclosure material before he testified.

[25] The judge's impression that Mr. Gahan's testimony appeared scripted was disclosed during defence counsel's reply arguments. The exchange was as follows:

MR. OLEY: I don't know if it's Your Honour's practice to allow - to allow a short rebuttal or not I don't know that -

THE COURT: I don't usually allow it but, I'll give you two minutes.

MR. OLEY: Alright. With respect to the scripted statement Your Honour, the accused said that he's lived with this for two years. So he's had ample time to go through this in his mind, as to what occurred.

THE COURT: I'll be honest with you Mr. Oley. I made a comment yesterday to the stenographer. I've been on the bench now - I will be on the bench now for nine years and, it's the first time I've come across a witness who testifies in

a scripted way like that. So, I noticed it yesterday. But it doesn't mean that –

MR. OLEY: It doesn't mean it's not true.

THE COURT: Exactly. It doesn't mean that it's not true, but, it, it marked, like – I noticed it.

MR. OLEY: Yes, I understand you said that. Again, it doesn't mean –

THE COURT: I, I –

MR. OLEY: - that it's not - He's had lots of time to think about it.

THE COURT: I'm in total agreement with you. And I'm in total agreement with you when you say he's had lots of time to think about it. Lots of time to run it through his head.

MR. OLEY: Yes.

THE COURT: Which – rightly so, because these are serious matters.

MR. OLEY: Exactly.

THE COURT: And the decision that I have to hand down is going to affect two lives.

[26] I cannot extrapolate from that exchange any suggestion the judge was contemplating giving any weight to any of the answers arising from the improper cross-examination on the question of the disclosure materials. The point the prosecutor was making was that the testimony appeared rehearsed because of the language Mr. Gahan had used in direct examination. This is part of a witnesses' demeanour, which the judge is expected to consider, albeit a consideration which, as we will see below in the analysis of the sixth ground of appeal, is of very limited value. In this exchange, Mr. Gahan's counsel was alerted to the judge's impression of the witness' demeanour and being given an opportunity to address it. The judge rightfully acknowledged it was not unusual for Mr. Gahan to have given much consideration to what he would be saying at trial. More

importantly, the judge expressly stated that the fact the testimony may have appeared scripted “doesn’t mean it’s not true.” There is certainly no error in that statement.

[27] Neither do I detect from the judge’s reasons for decision any reliance on the impugned cross-examination. The trial judge states he listened attentively to Mr. Gahan’s testimony and had listened to the recording “numerous times” since then. He notes that Mr. Gahan had admitted he was not sober, although he had maintained he was not intoxicated to the point he could not remember the events. On the question of demeanour in the witness box, the judge says this:

As I said after trial, or during arguments, I listened to his testimony and it seemed to me to be – it’s like as if somebody gave him a script and he practiced it, which he testified he practiced his testimony, but he never left the script.

[28] I simply cannot read into the judge’s decision any improper reliance on the impugned cross-examination. I acknowledge the cross-examination on access to the disclosure was closely related to the prosecutor’s questions on the testimony being rehearsed or scripted, but the two were nevertheless entirely different matters. This case is unlike the Ontario cases that resulted in new trials because there is no indication on the record the trial judge relied on Mr. Gahan’s access to the disclosure in making his credibility assessment. In my view, the disposition of this ground of appeal should be as in *Brown and Murphy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 273, [1985] S.C.J. No 57 (QL), where the Court also found the prosecutor had engaged in improper cross-examination. Although the Supreme Court found the trial judge had not sufficiently restricted the prosecutor in his cross-examination, the fact that it was evident from the trial judge’s reasons he had not based his conclusion on the impugned cross-examination justified the rejection of the appeal, because there was no miscarriage of justice. I come to the same conclusion with respect to the impugned cross-examination and the effect it had on the judge’s decision, which is none.

B. *The judge's "cross-examination" (Ground 3)*

[29] Mr. Gahan alleges the judge intervened after counsel's questioning was completed and asked questions of both the appellant and a defence witness in a way that effectively constituted cross-examination.

[30] Relying on Lord Denning's decision in *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155, [1957] 2 K.B. 55 (C.A.), Mr. Gahan recognizes that a judge can ask questions of a witness to "clear up a point that has been overlooked or left obscure", but says that, beyond that, if the judge "drops the mantle of the judge and assumes the role of an advocate," the judge takes on a role that "does not become him well" and risks creating an appearance of partiality (p. 64). He quotes Limerick J.A. in *Ogwa v. Alli*, 4 N.B.R. (2d) 423, [1972] N.B.J. No. 63 (C.A.) (QL):

A trial judge should not intervene in the examination of witnesses except to clarify the evidence or to establish his jurisdiction. If he does otherwise he runs the risk of becoming an advocate for one party or the other or of becoming involved in a disagreement with the witness under conditions which can remove him from the category of a truly impartial judge. A judge's function is to listen attentively and not to adduce evidence. [p. 439]

[31] The facts that prompted Limerick J.A. to make that statement are explained in the two sentences immediately preceding the quoted passage:

During the trial the Court examined seven witnesses. The trial judge asked leading questions of the expert witness Jones and received answers with which he did not agree, and then proceeded to cross-examine the witness at length. [p. 439]

[32] Notwithstanding this, the appeal in *Ogwa* was not in the end determined on the basis of the judge's interference.

[33] It is an established principle of law that a judge has “not only the right, but also the duty to put questions to a witness in order to clarify an obscure answer or to resolve possible misunderstanding of any question by a witness, even to remedy an omission by counsel, by putting questions which the Judge thinks ought to have been asked in order to bring out or explain relevant matters”: *R. v. Darlyn*, [1946] B.C.J. No. 94 (C.A.) (QL) per Bird J.A., at para. 31, quoted with approval in *R. v. Brouillard*, [1985] 1 S.C.R. 39, [1985] S.C.J. No. 3 (QL), at para. 21.

[34] It is also accepted that the nature and extent of a judge’s participation in the examination of a witness is a matter within the judge’s discretion: *ibid.*, *Boucher v. Doiron*, 2000 NBCA 18, 230 N.B.R. (2d) 247, at para. 17, and *Pelletier v. St.-Onge*, 2001 NBCA 22, 236 N.B.R. (2d) 128, at para. 9, both per Drapeau J.A. (as he then was). Evidently, the discretion must be exercised judicially as part of the judge’s function to “keep the scales of justice in even balance between the Crown and the accused”: *Darlyn*, at para. 31, and *Brouillard*, at para. 21.

[35] Of course, if a judge, figuratively speaking, steps down from the bench and assumes the role of counsel to the point that a reasonable person would consider that the accused has not had a fair trial, a new trial will have to be ordered even if the verdict is not unreasonable having regard to the evidence and even if the judge has not erred with respect to the law and the facts: *Brouillard*, *R. v. Palosaari*, 2004 BCCA 595, [2004] B.C.J. No. 2429 (QL), and *R. v. Konelski*, [1989] A.J. No. 615 (C.A.) (QL). The appearance of fairness is of as fundamental importance as fairness itself.

[36] The first impugned judicial intervention relates to a witness who testified for the defence. Peter Dawson was one of those present at the party at the Gahan residence on December 27, 2010. He was a friend of both Mr. Gahan and the complainant’s cousin. He was at the Gahan residence when the complainant arrived with her cousin and their friend. He was in and out of the house because he would often go to the garage to smoke. He noticed Mr. Gahan and the complainant spend a lot of time together conversing in the kitchen. He described their behaviour as “flirting”, explaining

they were sitting close to one another and whispering in each other's ear for a long period of time. He admitted he was drunk when he left that evening at about 1 a.m. but maintained he was not impaired when the events with the complainant occurred. At one point, he was in the garage to have a cigarette when Mr. Gahan joined him. He asked him if he had had sex with the complainant, and he replied he had. Approximately 10 minutes later, he saw the complainant leaving the party. He did not recall whether she had a coat on or not.

[37] Following a short reexamination of Mr. Dawson, the judge made the following inquiries:

THE COURT: Mr. Dawson, I have a question for you.

A. OK.

THE COURT: You say you were in the garage talking with Travis about five minutes after. That's your –

A. Yes (inaudible).

THE COURT: Those are your words. And you said that you noticed [the complainant] leaving.

A. Um-hmm.

THE COURT: Which door did she go out?

A. She – I'm trying to – I know which door she went out. I'm trying to like paint a picture for you. The front door – alright, the front door, like this is the house right here, this is the front door, the garage you have to go through like a different, like side.

THE COURT: But don't most people go through the garage to enter the house?

A. Normally, I don't know. I wouldn't – I wouldn't say.

THE COURT: Okay. Well let's –

A. Because it's the garage doors –

THE COURT: Let's – let's go back. When you arrived at the party.

A. Yes

THE COURT: Which door did you go into?

A. The front door.

THE COURT: The front door?

A. Yes.

THE COURT: You didn't go through the garage?

A. No, the garage would have been closed.

THE COURT: Okay. So, you're saying that [the complainant] exited the residence when she left by the front door. Is that what you're saying?

A. Yes.

THE COURT: Did you notice her demeanour when she was leaving?

A. Well, 'cause when – like I said when I seen her it was kind of at a distance; I couldn't tell, like what her –

THE COURT: Okay. What was the weather like that night?

A. It was a snowstorm.

THE COURT: Snowstorm? And it's your testimony if I understand correctly from the questions from counsel, that at no time in the night did you see [the complainant] in the livingroom by herself, is that correct?

A. I don't recall seeing her there.

THE COURT: Pardon me?

A. No.

THE COURT: Okay. Now, you said that at one point, while being questioned by Ms. Blunston, that you were – [the complainant] was seated at the table talking across the table to Travis. Is that correct?

A. No.

THE COURT: Well, that's what you said in your statement.

A. When did I say – when did I say that?

THE COURT: In your statement.

A. Across the table?

THE COURT: And that they were – Yeah.

A. No, I said they were sitting together.

THE COURT: Well that's – Ms. Blunston, if I – maybe I'm wrong.

MS. BLUNSTON: No.

THE COURT: But I think –

MS. BLUNSTON: That's exactly right.

THE COURT: I think that you – you went through the state – Maybe show him his statement again. Mr. Dawson, can you read your statement please, and does that refresh your memory.

A. The first line? Just start from the first line?

THE COURT: Just read until you –

A. “Has a (has a) cousin that she brought with her and that's the girl that –

MS. BLUNSTON: Well, I – I don't think he has to read it out loud.

THE COURT: No.

MS. BLUNSTON: I think – I just – What you're talking about across the table is near the top of that page. I just flipped it to page two but he certainly entitled to read.

THE COURT: Just read it to yourself until you get to that part and see if that refreshes your memory.

A. Okay. Okay. Yeah, using this – missed words in there then 'cause they were sitting together.

THE COURT: Oh, so, those are missed words?

A. The 'across the table'. I remember – I remember seeing them together, like side by side.

THE COURT: But if I understand correct –

A. They were across the table at one point but -

THE COURT: Okay.

A. – I don't think they were just like talking across the table on one another – as they were talking aloud.

THE COURT: Yeah, but I – I recall your testimony when you're saying that you notice that [the complainant] was texting. You said [the cousin] was seated here, – ah, [the complainant] was here and you were next to her.

A. Yes.

THE COURT: Where was Travis?

A. I believe he was – he was – he was at the table.

THE COURT: Where though?

A. He would have been within one of the three other seats.

THE COURT: So he wasn't next to [the complainant]?

A. No.

THE COURT: Okay.

A. But when she would – Like I said, she wasn't – like when I said that text message thing, she wasn't like talking to him, like, 'Oh, like it – my boy – my boy – my boyfriend and me broke up two days ago'. She was saying it out loud. Like she wasn't saying it necessarily to Travis but to everyone.

THE COURT: Um-humm.

A. So like that's not –

THE COURT: So she –

A. – talking to Travis.

THE COURT: She wasn't talking to [the complainant] – to Travis I mean?

A. No, she's talk – talking around the table.

THE COURT: Talking to everybody?

A. Yeah.

[38] The judge then inquired of counsel if they had any questions arising out of those he had posed to Mr. Dawson. Neither of them had any.

[39] In my view, this can hardly be characterized as a cross-examination. Evidently, the judge wanted to clarify three aspects of Mr. Dawson's testimony. First, the judge wanted to better understand the layout of the house; second, he wanted to confirm the witness had not seen the complainant in the living room by herself; and, third, he was trying to make sense of what the witness had said about where the complainant had been sitting in relation to Mr. Gahan when they were in the kitchen. The questions may have led the witness to the areas the judge wanted to explore, but they were not leading questions in the sense of questions that suggest the answer.

[40] Clearly, there is nothing objectionable about the first two areas of the judge's inquiry. As for the third, the witness had been cross-examined about a statement

given to the police in which he had stated Mr. Gahan and the complainant were sitting across the table from one another, whereas he was now testifying they were seated next to one another whispering in each other's ear. The witness had also been confronted in cross-examination with the prosecutor's assertion that no one else had reported Mr. Gahan and the complainant having been seated alone at the table. In these circumstances, it is perfectly understandable the judge would seek clarification. The judge's questions on this third line of inquiry were evidently designed to provide the witness with an opportunity to explain the discrepancy between what was in his statement and his testimony. In fact, Mr. Dawson seized the opportunity and explained that, at one point, Mr. Gahan and the complainant were sitting across the table from one another but that, at some point, he also remembers them sitting next to one another.

[41] As for the inquiries at the close of the re-direct examination of Mr. Gahan, the judge began by asking questions Mr. Gahan concedes "could properly be categorized as clarification questions on the layout of his house." It is what follows that line of inquiry that is submitted to be objectionable. The impugned exchange was as follows:

THE COURT: Well, I'm curious about something. You said it was – when you came back upstairs and – and you state that you saw [the friend], [the cousin] and [the complainant] in the livingroom.

A. Yes.

THE COURT: And they looked upset.

A. They did.

THE COURT: Like [the complainant] was crying – or maybe all of them were crying.

A. I don't know if all of them were crying.

THE COURT: I'm not sure.

A. I don't know either.

THE COURT: And what's the reason you didn't want to go check? You just finished making – kind of hooked up with [the complainant]. [Mr. Gahan having testified that to him the term “hooked up” meant having sex]

A. Yup. Why didn't you want – you want to know why I didn't –

THE COURT: Why didn't you go see why she was upset?

A. I seen that she was being comforted by [the friend] and [the cousin].

THE COURT: Yeah.

A. Umm, I knew that her and [the cousin] obviously seemed close. I felt like them com –

THE COURT: Well weren't you close to [the cousin] and [the friend] also?

A. I was fairly close, but like I had said, I had known them for – since five or six months at that point. I knew that they would be able to take care of her better than I could. At that point I felt like interjecting myself into that situation would only cause everything to be a lot more dramatic 'cause I didn't know what it was about. But I did figure it was something to do with me having sex with her.

THE COURT: It didn't cause you concern to see friends of yours upset?

A. Umm. Yeah, it did, I guess, yeah. What – it did cause me concern but I figured that it was about [the complainant] and that [the cousin] and [the friend] could comfort her better than I could.

[42] Again, the judge asked counsel if there were any questions arising out of his. Both answered negatively.

[43] Mr. Gahan describes the above exchange as “a somewhat extensive cross-examination” whereas the Attorney General submits the questions were “extremely brief and could not have given the appearance that the Court had abandoned its role for that of

an advocate.” I agree with the Attorney General. To borrow the words of Drapeau J.A. (as he then was) in *Doiron*, the judge’s questions were “focused and restrained.” Evidently the judge was troubled by Mr. Gahan’s behaviour after the fact. The judge had the option to remain silent, in which case he evidently would have remained troubled by this aspect of Mr. Gahan’s testimony, or he could ask Mr. Gahan to explain. He chose the latter.

[44] As stated in *Doiron*, “the limits of allowable intervention by trial judges are not etched in stone and the impugned conduct must be examined in the context in which it occurred to determine whether it exacted an intolerable toll on the fairness of the trial” (para. 18). Looking at it through this prism, I cannot conclude the judge exceeded the limits of allowable questioning. When I look at the questions posed to Mr. Dawson and those to Mr. Gahan, either separately or combined, I simply cannot conceive that any reasonable observer would conclude the trial was unfair or the judge anything but impartial.

[45] This case is far from similar to those where a new trial was ordered because the judge’s interference was reasonably perceived as rendering the trial unfair. For example, in *Brouillard*, Lamer J. (as he then was) summarized the impugned interventions in the following terms:

In the case at bar, the least that can be said is that the judge was aware of his right to intervene. He asked the witness Dominique Gauthier, the complainant's daughter and the accused's girlfriend and witness, some sixty questions, almost as many as the Crown, and interrupted her more than ten times during her testimony.

During the accused's testimony the judge asked many more questions than the two counsel. In fact during the examination-in-chief he interrupted the examination being conducted by counsel for the defence almost twenty times, and cross-examined the accused. As a result he asked the accused, still during the examination-in-chief, twice as many questions as his own lawyer asked. Since his questions were more in the nature of a cross-examination,

he thus clearly gave the impression of assisting the Crown by doing precisely what he would have had to prevent the Crown from doing if necessary. The accused was interrupted by the judge a total of over sixty times in his answers in chief and in cross-examination. Both the accused and the witness Gauthier were the object of sarcastic remarks. [paras. 26-27]

[46] In *Konelsky*, the judge's behaviour was described as follows:

In addition to the frequent interruptions of both counsel during their examination of witnesses the trial judge embarked on an examination of every witness at the conclusion of the examination-in-chief and cross-examination. While many of the questions posed by the Judge could be fairly described as questions seeking clarification, it is equally clear that much of the Judge's examination was in the nature of cross-examination. The interventions clearly interfered with counsel's cross-examination. Since credibility was very much a live issue in this case such interventions were clearly an interference with counsel's attempts to test credibility. Both counsel in their summations agreed that credibility was most important in this case. Indeed, the Trial judge agreed and made very detailed and specific findings of fact in this respect. Having performed the role of counsel to the extent that he did even with the best of intentions regarding impartiality, it is impossible to say that he would be viewed by the accused or by a reasonably minded observer as retaining his objectivity and impartiality. [para. 3]

[47] In *Palosaari*, the judge actually re-called a witness on her own motion and then engaged in a lengthy cross-examination of the witness whom the judge clearly did not believe.

[48] While the judge's intervention in each of these cases might have justified setting aside the verdict because the judge had assumed the role of an advocate, the present case simply does not fall into that category.

C. *Misapprehension of the evidence (Ground 4)*

[49] Mr. Gahan argues the verdict is unreasonable because the judge misapprehended several aspects of the evidence: (1) the post-offence conduct, (2) evidence he found corroborated the complainant's evidence, (3) evidence of flirting that tended to corroborate Mr. Gahan's testimony, and (4) other evidence that played a role in his decision, such as (a) a statement the complainant's cousin would have made on the way to Mr. Gahan's home, (b) certain minutia of the sexual activity the complainant described, (c) certain aspects of Peter Dawson's testimony, and (d) the length of time the complainant's cousin testified the complainant had been gone with Mr. Gahan (which Mr. Gahan argues the judge failed to consider at all).

[50] Relying on cases from the Ontario Court of Appeal, Mr. Gahan says a misapprehension of evidence occurs when the judge fails "to consider evidence relevant to a material issue, a mistake as to the substance of the evidence, or a failure to give proper effect to the evidence": *R. v. Morrissey*, [1995] O.J. No. 639 (C.A.) (QL), at para. 83, and *R. v. George*, [2000] O.J. No. 1696 (C.A.) (QL). In these cases, the Court held that where it is argued that a verdict is based on a misapprehension of the evidence and results in an unreasonable verdict, "the court should first consider the reasonableness of the verdict" (para. 14 of *George*). If the verdict is not unreasonable, "then the court should determine whether the misapprehension of evidence occasioned a miscarriage of justice" (para. 14 of *George*). If the former, an acquittal may result, but, if the latter, a new trial is ordered.

[51] While those cases stand for those propositions, they also stand for the following, which Doherty J.A. articulated in *Morrissey* and the Court repeated in *George*:

It is wrong to analyze a trial judge's reasons by dissecting them into small pieces and examining each piece in isolation as if it described, or was intended to describe, a legal principle applied by the trial judge. Reasons for judgment must be read as a whole ... 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 towards 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 ... Appellate courts can offer that encouragement by approaching reasons for judgment, not as if they were intended to be a dissertation on the applicable law or comprehensive catalogue of the evidence, but rather as an attempt by the trial judge to articulate the conclusions reached and the bases for these conclusions. Appellate courts must resist the invitation to microscopically examine reasons for judgment, lest trial judges decide that silence is indeed golden. [para. 31 of *Morrissey*, para. 22 of *George*]

[52] In *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5, Abella J. for the majority adopted this caution, saying that appellate judges should not “dissect, parse, or microscopically examine the reasons of a trial judge” (para. 11). In turn, the majority in *R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3, applied Justice Abella’s direction.

[53] With respect, Mr. Gahan is asking us to engage in exactly what the Supreme Court says we should not do. The issues in this ground of appeal, for the most part, raise questions of fact or mixed law and fact for which leave to appeal is required. I would not grant leave because I am not convinced the trial judge significantly misapprehended any critical evidence. The judge was aware of the defence theory of the case, that is, that the complainant had engaged in consensual sex, immediately regretted it and was afraid her cousin would become aware of what she had done. The judge evidently rejected that the complainant’s post-offence conduct was in response to regret and her fear. As to Mr. Gahan’s post-offence conduct, the judge simply considered it as one factor among many in assessing credibility. On the issue of “flirting,” the judge considered this description by some witnesses, but he was certainly not required to come to this same conclusion.

[54] As for what Mr. Gahan says are other mistakes in the judge's apprehension of the evidence, these are, in my view, insignificant. Whether the complainant's cousin warned the complainant not to hook up with her friends in a joking manner is irrelevant. The complainant testified she considered it to be a joke. To the extent the evidence had any probative value, it could only relate to the complainant's perception of what was said because it was only relevant to Mr. Gahan's theory that the complainant engaged in consensual sex, then regretted it and feared her cousin would know.

[55] As for the description of the minutiae of the events leading to the sexual acts, this falls in the same category as the error the judge made in relating the testimony of Mr. Dawson. While the judge may have made minor errors in relating the evidence, or, stated differently, while some of his findings of fact might have been palpably wrong, these errors had no impact on the ultimate finding of fact and thus were not overriding errors.

[56] As for Mr. Gahan's argument the judge erred in not considering the testimony of some witnesses regarding the length of time the complainant and Mr. Gahan might have been away from the party, I note that the Supreme Court has ruled that in delivering reasons, a trial judge need not "detail his or her finding on each piece of evidence or controverted fact, so long as the findings linking the evidence to the verdict can be logically discerned": *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at para. 20. Moreover, the judge was not required to accept the evidence of certain witnesses regarding the time frames.

[57] In my view, the verdict is one that a properly instructed trier of fact, acting judicially, could reasonably have rendered. As for the alleged misapprehension of the evidence, even if considered in the light most favourable to Mr. Gahan, these cannot be said to have occasioned a miscarriage of justice because none of the errors, even taken collectively, were of an overriding nature. Credibility findings are questions of fact to which great deference are owed, and I see no error that would justify granting leave to

appeal the judge's findings of fact or his determination of questions of mixed law and fact.

[58] On the question of the evidence the trial judge found corroborated the complainant's testimony, the Attorney General says this raises a question of law. I will therefore address it separately. Mr. Gahan submits the trial judge erred in holding that the complainant's cousin and their friend corroborated the events that were said to have occurred after the sexual incident. He claims this was an error because there were significant differences in the evidence of the three witnesses. Mr. Gahan describes these as follows:

According to the complainant, she crouched down beside her cousin [the cousin] and whispered "I need to talk to you." [The cousin] said nothing. Then she went to [the friend's] left ear: "I really need to talk to you guys: can you guys come talk to me. They got up and went into the living room and she told what happened and was crying a lot.

According to [the cousin], when the complainant reappeared after 30 to 45 minutes she was crying. Her shirt was inside out. She said "I need to talk to you." She was not whispering, just talking. [The cousin] said "Where have you been?" twice and "I've been looking for you." She also said "no" to the request to talk. [The cousin] also said "you don't realize the position this puts me in." She told the complainant she was upset with her.

According to [the friend], the complainant came upstairs and asked to talk to us. [The cousin] said no, and the complainant came to [the friend] and they went into the living room and talked. The complainant said that she "thought she'd just been raped".

[59] Mr. Gahan says the complainant's detail of "whispering" to her cousin and her friend is contradicted by both of them. That may be, but this is a finding of fact, and the judge was entitled to accept the evidence of the complainant in that regard. Since his

finding is supported by evidence, it cannot be said to be the result of a palpable and overriding error.

[60] I agree with the Attorney General that whether evidence constitutes corroboration is a question of law: *R. v. B.(G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57, [1990] S.C.J. No. 57 (QL), at para. 28. I do not believe, however, that the Attorney General has seized the essence of what Mr. Gahan has argued in this part of his fourth ground of appeal.

[61] In his decision, the trial judge stated as follows:

[the cousin] and [the friend] also corroborate the events which would have occurred after the alleged sexual assault. They were all crying when [the complainant] told them what happened in the living room. [The cousin] added that [the complainant] even showed here where the sexual assault occurred. [Their friend] did not follow.

[62] The only error in that statement may be a factual one, for it is far from clear that all three were crying when the complainant told them what had happened. The testimony clearly shows the complainant was crying and the other two were “upset.” The term upset never got defined. If there is an error of fact, like the others, it is certainly not an overriding one.

[63] I certainly find no error of law. The testimony of the complainant’s cousin and their friend corroborated the testimony of the complainant that after the incident she immediately asked to talk to them and immediately reported to them what had happened. It is in that context the trial judge used the word “corroborate” as he was summarizing the testimonies in the first part of his decision.

D. *The Statistics Canada evidence (Ground 5)*

[64] At trial, Mr. Gahan called as a witness Dr. Bonita Lynn Boone, a family physician who was at the Dr. Everett Chalmers Hospital during the early hours of

December 28, 2010. While Mr. Gahan asked that Dr. Boone be recognized as an expert in family medicine and be allowed to provide an opinion regarding the use of a sexual assault kit, the request was withdrawn upon the prosecutor's objection. Dr. Boone testified that she conducted an examination of the complainant and found "no signs of laceration or bruising."

[65] In cross-examination, Dr. Boone said she noted the complainant was upset and was crying, although she was eventually able to "settle down." The prosecutor asked the witness whether she would "agree with the Statistics Canada results when they state that 60 percent of sexual assaults victims present with no injuries?" Over Mr. Gahan's objection, the judge allowed the question, and Dr. Boone answered that she "would agree with that statistic."

[66] In his decision, the trial judge expressly referenced this testimony. The judge specifically noted as follows:

Dr. Boone also testified that she conducted the sexual assault kit protocol on [the complainant]. She testified that no injuries were found; however, she also states that in 60% of sexual assaults no injuries would be found.

[67] Mr. Gahan submits the statistic was inadmissible as hearsay and should not in any event even have been referenced by Dr. Boone because she had not been declared an expert witness.

[68] The Attorney General recognizes this ground of appeal raises a question of law alone, in that it involves the admissibility of evidence, and concedes that the evidence should not have been admitted. This is a wise concession in my view. In the context in which this evidence was adduced, it did not meet any requirement for admissibility and it ought to have been rejected. Moreover, the trial judge erred in relying on the evidence in rendering his decision.

[69] This said, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* provides for the dismissal of an appeal in a situation where the appellate court finds the trial judge committed an error of law but the court of appeal is nonetheless of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. In my view, this curative *proviso* should be applied in this case because the judge's error in admitting the evidence and in making reference to it was inconsequential.

[70] First, the judge referred to the statistic only in the context of reviewing the essence of Dr. Boone's testimony and not in the course of conducting his credibility assessment of the complainant. More importantly, there was no evidence to suggest that visible injuries would be expected in the circumstances of this case, nor did the judge draw an inference from the complainant's description of the incident that one would expect signs of injury. Without such evidence or inference, Dr. Boone's finding that there were no signs of laceration or bruising was really of no probative value. Had someone properly qualified testified that one would expect a sexual assault as described by the complainant to have left signs of laceration or bruising, or had the judge inferred from the complainant's description of the incident that injuries should have been visible, and had the judge then discounted that evidence on the basis of the inadmissible Statistics Canada evidence, the curative *proviso* would not be applicable. However, as it is, no one testified signs of laceration or bruising would be expected, and the judge did not draw such an inference from the complainant's description of the incident. Thus, the fact there were no visible injuries is not one that could be used to impeach the complainant's testimony. Admitting the impugned evidence and referencing it were therefore meaningless errors.

[71] For these reasons, I would hold the judge erred in admitting the impugned testimony and in referring to it, but nevertheless dismiss the ground of appeal because the error caused no substantial harm or miscarriage of justice.

E. *The factors for assessing credibility (Ground 6 and part of Ground 2)*

[72] Mr. Gahan submits the judge decided the case on the basis of what “a reasonable person” would decide and not on the basis of the standard of proof required for a conviction in a criminal case. Evidently, if that were the case, the appeal would have to be allowed. It is an elementary yet fundamental tenet of criminal law that there cannot be a conviction unless the prosecution has proven each essential element of the offence beyond a reasonable doubt. Failing this, an accused must be acquitted. This is so whether the reasonable doubt is founded upon either the belief of the accused’s exculpatory testimony, a reasonable doubt founded upon that testimony, or a reasonable doubt arising from the facts that have been proven.

[73] In support of this ground of appeal, Mr. Gahan points to statements the judge made in the course of rendering his decision and argues these demonstrate the judge applied an objective standard based on a hypothetical reasonable person instead of the applicable reasonable doubt standard. Mr. Gahan points to three sentences in the judge’s decision:

Would a reasonable person conclude based on these observations – What would a reasonable person conclude based on these observations?

[...]

So when taking all those things into account I come to the conclusion that a reasonable person would come to the conclusion that [the complainant] did not – and I repeat – did not consent to the sexual activity she engaged with Travis Gahan.

... Mr. Gahan, for those reasons I am able to reject in the entirety your testimony and I accept [the complainant]’s testimony.

[74] With respect to this ground of appeal, the Attorney General says the judge erred in making reference to the reasonable person standard but that the error was

effectively corrected when the judge immediately followed up with the following statement:

Pursuant to the provisions in *Lifchus* and in *Starr*, I find that the Crown has proven its case beyond a reasonable doubt on each and every essential element of the offence, and therefore for the offence under section 271(1)(a) of the *Criminal Code of Canada*, Mr. Gahan, I find you guilty of the said offence.

In light of this, the Attorney General says we should apply the curative *provisio*.

[75] With respect to both positions, I do not believe the trial judge articulated an improper standard for the assessment of a criminal case. This case illustrates the wisdom for the direction that reasons for decision must be read as a whole, in the context of the evidence, the argument and the trial. As I will explain below, I conclude the trial judge's use of the term "reasonable person" was not applied to the standard of proof upon which Mr. Gahan's conviction was founded.

[76] In delivering his decision, the judge began with a review of the testimonies. He then summarized the legal principles upon which the case would have to be determined, laying them out as follows:

As in most cases of these types, the issue will be determined in accordance with the principles as they are set out in *R. v. W.D.*, a decision of the Supreme Court of Canada [1991] 1 S.C.R. 742: (1) if I believe the accused I must acquit; (2) if I don't know whether to believe the accused or the complainant, I must acquit; (3) if I do not reject the evidence of the accused, I must acquit; (4) if I disbelieve the accused and I am convinced beyond a reasonable doubt that the Crown has proven each and every element of the offence, can a verdict of guilty be registered. Those are the principles which I am bound by to consider when determining the question of credibility.

The next issue to be determined is a determination of proof beyond a reasonable doubt. That concept was defined, again, in the Supreme Court of Canada in *R. v. Lifchus*, [1997] 5 C.R. (5th) 1 and *R. v. Starr*, [2001] 36 C.R. (5th)

1. So what is proof beyond a reasonable doubt? Proof beyond a reasonable doubt is alive in every criminal trial and is attached to the presumption of innocence. It isn't proof of absolute certainty. It is not proof beyond any doubt nor is it an imaginary or frivolous doubt. It is based on common sense and reason, not on sympathy or prejudice. It falls much closer to absolute certainty than on a balance of probability, the principle enunciated in *Starr*.

[77] Understandably, no one has raised any issue with this portion of the judge's reasons.

[78] The trial judge then acknowledged that credibility would be a determinative feature of the case, and he set out the principles by which a court should assess credibility:

... when a Court assesses credibility the Court must consider all the surrounding circumstances concerning the act itself. So I ask myself why would she clench her fists when the sexual encounter had happened? Why would she have tears in her eyes when it was over if it was consent? Why wouldn't Mr. Gahan inquire why when Mr. Gahan came upstairs and saw [the complainant], [the cousin] and [their friend] crying in the living room? It's to be remembered that [the cousin] and [the friend] were his friends. One would think he would be concerned why they were upset. According to him he didn't want to get involved in the drama. Why would [the complainant] get dressed so quickly and put her shirt on inside out if everything was consensual? Another why; why wouldn't Travis Gahan try to stop [the complainant] leaving the residence in a blizzard without a jacket when he saw her going out the front door? Why would he shut down the party so quickly after it happened under the pretext of having to go to work early the next morning? And remember the words of [the friend] that she was surprised because they had not gone sliding which was the purpose in the first place of the party. Would a reasonable person conclude based on these observations – What would a reasonable person conclude based on these observations?

[79] It is in this context that the term “reasonable person” was first used; that is, the context of articulating the approach pursuant to which the judge would be making a credibility assessment. The judge then continues by adding that he also considers Mr. Gahan’s demeanour as a factor in making his credibility assessment. This is the portion to which Mr. Gahan refers in the second part of the second ground of appeal to which I said earlier I would return. The judge says he listened to Mr. Gahan’s testimony and found it to be “as if somebody gave him a script and he practiced it.” However, the trial judge does not make a credibility finding based on demeanour alone. It is crystal clear that the judge merely considers demeanour as one of many factors because he immediately goes on to review some of the questions he says he will be examining in assessing credibility, such as why people would have been so upset if the sexual activity had been consensual, why Mr. Gahan had not inquired when he noted the complainant, her cousin and their friend were upset, etc. It is then that the judge says that “taking all those things into account I come to the conclusion that a reasonable person would come to the conclusion that [the complainant] did not – and I repeat – did not consent to the sexual activity” and followed this by his finding that “the Crown has proven its case beyond a reasonable doubt on each and every essential element of the offence.”

[80] In setting out his argument in support of the second part of his second ground of appeal, Mr. Gahan refers to the oft-referred statement of O’Halloran J.A. in *Faryna v. Chorny*, [1951] B.C.J. No. 152 (C.A.) (QL), as setting out the guiding principles for assessments of credibility:

If a trial Judge's finding of credibility is to depend solely on which person he thinks made the better appearance of sincerity in the witness box, we are left with a purely arbitrary finding and justice would then depend upon the best actors in the witness box. On reflection it becomes almost axiomatic that the appearance of telling the truth is but one of the elements that enter into the credibility of the evidence of a witness. Opportunities for knowledge, powers of observation, judgment and memory, ability to describe clearly what he has seen and heard, as well as other factors, combine to produce what is called credibility, and cf. *Raymond v. Bosanquet* (1919), 50 D.L.R. 560 at p.

566, 59 S.C.R. 452 at p. 460, 17 O.W.N. 295. A witness by his manner may create a very unfavourable impression of his truthfulness upon the trial Judge, and yet the surrounding circumstances in the case may point decisively to the conclusion that he is actually telling the truth. I am not referring to the comparatively infrequent cases in which a witness is caught in a clumsy lie.

The credibility of interested witness, particularly in cases of conflict of evidence, cannot be gauged solely by the test of whether the personal demeanour of the particular witness carried conviction of the truth. The test must reasonably subject his story to an examination of its consistency with the probabilities that surround the currently existing conditions. In short, the real test of the truth of the story of a witness in such a case must be its harmony with the preponderance of the probabilities which a practical and informed person would readily recognize as reasonable in that place and in those conditions. Only thus can a Court satisfactorily appraise the testimony of quick-minded, experienced and confident witnesses, and of those shrewd persons adept in the half-lie and of long and successful experience in combining skillful exaggeration with partial suppression of the truth. Again a witness may testify what he sincerely believes to be true, but he may be quite honestly mistaken. For a trial Judge to say "I believe him because I judge him to be telling the truth", is to come to a conclusion on consideration of only half the problem. In truth it may easily be self-direction of a dangerous kind.

The trial Judge ought to go further and say that evidence of the witness he believes is in accordance with the preponderance of probabilities in the case and, if his view is to command confidence, also state his reasons for that conclusion. The law does not clothe the trial Judge with a divine insight into the hearts and minds of the witnesses. And a Court of Appeal must be satisfied that the trial Judge's finding of credibility is based not on one element only to the exclusion of others, but is based on all the elements by which it can be tested in the particular case.

[paras. 10-12]

[81] Many courts across Canada have endorsed these statements; too numerous to list, although the case has apparently only been referenced once in this Court: *Smith v. Agnew*, 2005 NBCA 36, 282 N.B.R. (2d) 95. I suspect the reason for this is that the logic

of O'Halloran J.A.'s words simply has not been challenged on appeal, although it has often been applied at trial as evidenced by the huge number of reported cases emanating from trial courts. In any event, I agree with O'Halloran J.A. that the assessment of credibility is the function of weighing many factors, chief among them the opportunities for knowledge, the powers of observation, the witness's judgment and memory, the witness's ability to clearly describe what has been seen and heard, and in particular how the testimony of the witness harmonizes "with the probabilities which a practical and informed person would readily recognize as reasonable in that place and in those conditions." Demeanour – the appearance of telling the truth – "is but one of the elements that enter into the credibility of the evidence of a witness" (para. 10).

[82] In my respectful view, the approach espoused in *Faryna v. Chorny* is the very approach the trial judge adopted in determining credibility in the present case. Yes, the judge considered Mr. Gahan's demeanour. However, the judge had previously indicated that even if the testimony appeared to be scripted, this did not mean it was not true. More importantly, the trial judge did not anchor his credibility findings on demeanour alone, if at all. The judge considered the other factors relevant to a credibility assessment, and in particular subjected the complainant and Mr. Gahan's respective testimonies to an examination of their consistency with the probabilities that surround the existing conditions. Evidently, both the complainant and Mr. Gahan had similar opportunities for knowledge and reasons to recall the events of the fateful night, although the judge was not wrong to note that Mr. Gahan consumed much more alcohol that evening than the complainant. In my view, the reasons for decision as a whole make it abundantly clear that when the judge asked "what would a reasonable person conclude" he was merely stating that he was filtering the testimony of both Mr. Gahan and the complainant through the fine mesh of how each harmonized with the probabilities which a practical and informed person – that is a reasonable person – would readily recognize as likely in that place and in those conditions. The judge concluded that one would not reasonably expect that a young woman who has had consensual sex with someone she liked to have immediately been crying, dressed hurriedly with her shirt inside out, immediately informed others she had been raped, and then left a party on foot without her

outerwear in blizzard conditions. At the same time, the judge concluded that one would not reasonably expect that a young man who has had consensual sex with someone he liked would be so nonchalant upon noticing her being visibly upset, would not try to prevent her from leaving in a snowstorm, and would not later inquire about her well being.

[83] While I recognize the judge did not articulate the test for making a credibility assessment with as much precision as he could have, it is abundantly clear to me that his reference to the reasonable person was in relation to that test and not to the ultimate standard of proof. This is critical, because the latter would require a new trial, whereas the former is simply one of those innocuous situations where the judge did a poor job of expressing himself, yet applied the correct principles, making the case beyond the reach of appellate intervention: *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at para. 26.

[84] While the judge might have done a better job of expressing himself when he referred to the “reasonable person”, he was not in my view doing anything other than applying the *Faryna v. Chorny* approach to the assessment of credibility, and I find no error in law with that approach. The judge clearly stated he subjected his credibility findings to the standard of proof in a criminal case: proof beyond a reasonable doubt. I therefore find no merit to the sixth ground of appeal.

[85] In *Faryna v. Chorny*, O’Halloran J.A. says that “a Court of Appeal must be satisfied that the trial Judge’s finding of credibility is based not on one element only to the exclusion of others, but is based on all the elements by which it can be tested in the particular case” (para. 12). In the present case, Mr. Gahan’s demeanour as interpreted by the trial judge was merely one consideration and certainly not to the exclusion of others. As a result, I also find no merit to the second part of Mr. Gahan’s second ground of appeal.

IV. Disposition

[86] For these reasons, I would not grant leave to appeal on the grounds of appeal that raise questions of fact or mixed law and fact and otherwise would dismiss the appeal.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Le 27 décembre 2010, une étudiante universitaire de 18 ans a accompagné sa cousine et une amie à une fête se déroulant chez M. Gahan, dans la région de Fredericton. La jeune femme (« la plaignante ») ne connaissait pas M. Gahan, qui avait le même âge qu'elle, ni les autres invités à la fête, à part celles qu'elle avait accompagnées. À un certain moment, la plaignante et M. Gahan se sont trouvés seuls dans la chambre d'un appartement situé au sous-sol de la maison, où une activité sexuelle a eu lieu. Ce sont les événements survenus dans cette chambre qui sont par la suite devenus l'élément central d'un procès sur une accusation reprochant à M. Gahan d'avoir agressé sexuellement la plaignante. Encore une fois, il s'agissait d'un procès, comme dans le cas de nombreux procès, où la principale question à trancher opposait essentiellement la crédibilité d'une plaignante à celle d'un accusé. Bien entendu, il ne s'agissait pas simplement de choisir quelle version croire. En fait, le rôle du juge du procès dans de tels cas est d'évaluer le témoignage de l'accusé et de trancher les questions de savoir s'il faut croire le témoignage disculpatoire, si celui-ci soulève un doute raisonnable et, dans le cas où ces deux critères ne sont pas remplis, si le poursuivant a prouvé ses prétentions hors de tout doute raisonnable : *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] 1 A.C.S. n° 126 (QL). Une réponse affirmative à l'une des deux premières questions ou une réponse négative à la dernière exige un acquittement. Réciproquement, une déclaration de culpabilité est seulement possible si l'on ne croit pas l'accusé, si la preuve qu'il présente ne soulève pas d'elle-même un doute raisonnable et si le poursuivant a prouvé ses prétentions hors de tout doute raisonnable.

[2] Le 24 janvier 2013, un juge de la Cour provinciale a déclaré Travis John Gahan coupable d'avoir commis une agression sexuelle (al. 271(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46) et, le 4 mars, l'a condamné à une peine d'emprisonnement

suivie d'une période de probation, en plus de l'assujettir à un certain nombre d'ordonnances accessoires. En soulevant six moyens d'appel, M. Gahan interjette appel de sa condamnation. Il soutient que l'effet cumulatif d'un certain nombre d'erreurs a entraîné une erreur judiciaire grave. Le procureur général admet que le juge de procès a commis certaines erreurs, mais il soutient que celles-ci étaient sans importance et sans incidence sur le verdict. Le procureur général fait valoir que la disposition réparatrice établie au sous-alinéa 686(1)b)(iii) du *Code criminel* devrait être appliquée et que l'appel devrait être rejeté. Cette disposition permet à la Cour d'appel de rejeter un appel même si elle conclut que le juge a commis une erreur de droit, si « elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit ».

II. Le contexte

[3] Le 27 décembre 2010, la plaignante, une étudiante universitaire de 18 ans, visitait sa cousine et sa famille à Fredericton. Elle a été invitée par sa cousine et une amie à les accompagner à ce qu'elles avaient compris être une « soirée glissade » chez M. Gahan. Par conséquent, les trois femmes ont apporté leurs vêtements d'extérieur d'hiver pour participer à cette activité. À son arrivée à la résidence de la famille Gahan, la plaignante a été présentée à un petit groupe de personnes qui s'y trouvaient déjà. Pendant quelque temps, les trois jeunes femmes sont restées assises dans la cuisine avec les autres, puis, à un moment donné, M. Gahan et la plaignante étaient assis l'un près de l'autre et causaient ensemble. Lors du procès, certaines personnes les ont décrits comme flirtant l'un avec l'autre. M. Gahan et la plaignante ont tous les deux consommé des boissons alcoolisées. La plaignante admet seulement avoir bu un à trois verres de vodka avec orangeade, ainsi que quelques petites gorgées de vin, et M. Gahan admet avoir bu environ huit bières et un verre de vin pendant toute la soirée. Après avoir passé un peu de temps dans la cuisine, la plaignante est allée au salon, où elle a regardé un peu de télévision et a joué avec un chien. Ce sont les événements survenus à partir de ce moment qui sont par la suite devenus au cœur de la question de fait déterminante au procès.

[4] Selon le témoignage de la plaignante, M. Gahan est passé près d'elle lorsqu'elle était assise dans le salon, l'a vue, s'est approché puis s'est assis tout près d'elle. Selon elle, M. Gahan lui a dit qu'il n'était pas un bon hôte puisqu'il ne lui avait pas fait visiter la maison. Elle a refusé une visite de la maison, mais M. Gahan a insisté, lui a pris le poignet et l'a tiré debout en lui disant de venir avec lui. La plaignante a suivi M. Gahan à contrecœur au sous-sol de la maison avec entrée à mi-étage. Il l'a emmenée dans une chambre, a fermé la porte et a allumé la lumière. La plaignante a dit qu'à cet instant, M. Gahan s'est mis à l'embrasser et à la toucher, alors qu'elle cherchait à lui donner des excuses pour ne pas vouloir être avec lui. Il lui a dit d'enlever ses vêtements, mais elle a refusé. Il a enlevé une partie de ses propres vêtements, a éteint la lumière, a enlevé une partie des vêtements de la plaignante, puis l'a jetée sur le lit. Les deux se sont alors livrés à une activité sexuelle dont il n'est pas nécessaire de décrire la nature aux fins du présent appel. Il suffit de dire que la plaignante a témoigné qu'elle a continué de dire « non » et qu'elle s'est mise à pleurer à un moment donné. Lorsque l'activité a pris fin, elle s'est rapidement rhabillée, et ne s'est rendu compte que plus tard qu'elle avait mis son chemisier à l'envers. M. Gahan lui a demandé pourquoi elle pleurait, mais la plaignante n'a pas répondu. Elle a quitté le sous-sol de la maison, a couru à l'étage supérieur pour se rendre à la cuisine, et a raconté ce qui venait de se passer à sa cousine et à l'amie, en leur disant qu'elle pensait avoir été violée. Sans récupérer ses vêtements d'extérieur, la plaignante a quitté la maison à pied, dans ce qu'on a décrit comme des conditions de blizzard. Plusieurs voitures se sont arrêtées alors qu'elle déambulait dans la rue, et les occupants lui ont offert de l'aider, mais elle a refusé toute aide. Ce n'est que lorsqu'elle a été trouvée par sa cousine et deux autres personnes qu'elle a accepté de monter dans une voiture. Comme la cousine avait déjà téléphoné aux parents de la plaignante, ceux-ci les rencontrèrent près d'où ils étaient et, de cet endroit, se sont rendus à l'hôpital.

[5] En revanche, le témoignage de M. Gahan a présenté une version nettement différente du déroulement de la soirée. Selon lui, au moment où il est passé près du salon, il a vu la plaignante assise dans le salon, en train d'envoyer des textos sur son téléphone et de regarder la télévision. Il est entré dans le salon, pour voir s'il avait une

chance de « coucher » avec elle, ce qu'il a décrit comme [TRADUCTION] « avoir une relation sexuelle ». Il s'est assis à côté d'elle, a mis sa main sur sa jambe, au-dessus du genou, et lui a dit qu'il était un hôte terrible puisqu'il ne lui avait pas fait visiter la maison. La plaignante a alors accepté de le suivre. Ensemble, ils se sont rendus au sous-sol de la maison, premièrement dans une salle de jeu, où ils se sont embrassés passionnément. Dans cette pièce, M. Gahan a enlevé sa chemise et ils se sont caressés. M. Gahan lui a ensuite offert de lui montrer un appartement situé à proximité dans le sous-sol, qui était vide puisque le locataire était parti durant les fêtes. Elle a accepté. Ils sont d'abord allés dans une salle de rangement, où ils se sont remis à s'embrasser et à se caresser, avant de se rendre à l'appartement. Ils sont allés dans la chambre d'amis de l'appartement, où ils se sont déshabillés et se sont livrés à des activités sexuelles. M. Gahan décrit tous les événements comme [TRADUCTION] « consensuels » et mutuellement agréables. Il a témoigné que la plaignante n'a jamais exprimé de réticence à le suivre au sous-sol, et qu'elle était une participante volontaire dans toutes les activités qui ont mené à leur relation sexuelle, et qui sont survenues durant celle-ci. Selon lui, elle aurait eu amplement l'occasion de refuser ou de partir. M. Gahan avoue avoir remarqué que la plaignante était [TRADUCTION] « un peu bouleversée » et qu'elle « avait un peu les larmes aux yeux » alors qu'ils se rhabillaient après la fin de leur activité sexuelle. Il croyait qu'elle réagissait ainsi parce qu'elle avait peur que sa cousine apprenne qu'ils avaient eu une relation sexuelle. Il a dit à la plaignante qu'ils n'étaient pas obligés d'en parler à sa cousine, et elle était d'accord. M. Gahan s'est ensuite rendu à la cuisine pour rejoindre la fête. Quelques minutes plus tard, il a remarqué la plaignante, sa cousine et leur amie dans le salon, et a vu qu'elles semblaient toutes les trois mécontentes. Il n'a pas interagi avec elles, mais est allé dans le garage fumer une cigarette avec un ami. Il a dit à son ami qu'il venait d'être avec la plaignante, et que cela avait été [TRADUCTION] « inconfortable et ne devait pas se produire », puisque, selon son témoignage, il avait été incapable de maintenir une érection. Il a appris plus tard que la plaignante avait quitté la maison et que les deux autres femmes étaient parties à sa recherche.

[6] La plaignante a été examinée à l'hôpital, mais le médecin [TRADUCTION] « n'a pas remarqué de signes évidents de traumatisme », et a noté l'absence d'ecchymoses ou de lacérations sur son corps.

[7] Les policiers ont été appelés, et l'enquête subséquente a mené à l'accusation de M. Gahan pour agression sexuelle. Au procès, plusieurs des personnes présentes à la résidence de la famille Gahan le soir du 27 décembre 2010 ont témoigné. Certains éléments de leurs versions des événements qui ont précédé et suivi le moment où M. Gahan et la plaignante ont quitté l'étage principal de la maison variaient. Aucun d'entre eux n'a fourni un aperçu direct des événements déterminants qui ont pris place au sous-sol de la maison.

[8] En rendant sa décision, le juge de la Cour provinciale a d'abord examiné les témoignages des différents témoins, y compris ceux de la plaignante et de M. Gahan. Ensuite, il a décrit la tâche qui lui incombait en ces termes :

[TRADUCTION]

Il est évident que la question à trancher en l'espèce est de savoir si [la plaignante] a ou non consenti à l'activité sexuelle à laquelle elle s'est adonnée avec Travis Gahan. Il est inutile de s'attarder à la question de l'*actus reus* puisque la défense a concédé que celui-ci a déjà été démontré.

Comme c'est le cas dans la plupart des affaires de ce genre, la question sera tranchée conformément aux principes établis dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. W.(D.)* [1991] 1 R.C.S. 742, à savoir : (1) si je crois l'accusé, je dois acquitter; (2) si je ne sais pas si je dois croire l'accusé ou la plaignante, je dois acquitter; (3) si je ne rejette pas la preuve de l'accusé, je dois acquitter; (4) [seulement] si je doute de l'accusé et que je suis convaincu hors de tout doute raisonnable que le ministère public a prouvé tous les éléments de l'infraction puis-je inscrire un verdict de culpabilité. Voilà les principes par lesquels je suis lié dans ma réflexion lorsque je tranche la question de la crédibilité.

La prochaine question à trancher est celle de savoir si la

preuve est établie hors de tout doute raisonnable. Ce concept a été défini, encore une fois, par la Cour suprême du Canada, dans les arrêts *R. c. Lifchus*, [1997] 9 C.R. (5th) 1 et *R. c. Starr*, [2001] 36 C.R. (5th) 1. Qu'est-ce donc qu'une preuve hors de tout doute raisonnable? La norme de la preuve hors de tout doute raisonnable entre en jeu dans tous les procès en droit criminel et elle est liée à la présomption d'innocence. Il ne s'agit pas d'une preuve correspondant à la certitude absolue ni d'une preuve au-delà de n'importe quel doute; il ne peut s'agir non plus d'un doute imaginaire ou frivole. Il s'agit d'un doute fondé sur le bon sens et la raison, et non sur la sympathie ou sur un préjugé. Elle se rapproche davantage de la certitude absolue que de la preuve selon la prépondérance des probabilités, soit le principe énoncé dans l'arrêt *Starr*.

[9] Le juge a ensuite procédé à une évaluation des témoignages de la plaignante et de M. Gahan, en remarquant que, selon lui, le témoignage de la plaignante n'était pas exagéré, tandis que celui de M. Gahan était [TRADUCTION] « comme si quelqu'un lui avait donné un script et qu'il s'était exercé à le répéter ». En fin de compte, convaincu que la plaignante n'avait pas consenti à l'activité sexuelle et que la poursuite avait [TRADUCTION] « prouvé chaque élément essentiel de l'infraction hors de tout doute raisonnable », le juge a déclaré M. Gahan coupable.

III. Questions en litige

[10] M. Gahan interjette appel de sa déclaration de culpabilité en invoquant des moyens d'appel qui portent sur des questions de droit, et demande l'autorisation d'interjeter appel en invoquant des moyens qui portent sur des questions de fait ou des questions mixtes de droit et de fait. Il formule ses moyens d'appel comme suit :

[TRADUCTION]

1. Le contre-interrogatoire de l'appelant sur son accès aux documents communiqués, mené de façon inappropriée par le ministère public, a entraîné une erreur judiciaire grave.

2. Le juge du procès a commis une erreur en ne réprimandant pas l'avocate du ministère public pour le contre-interrogatoire inapproprié de l'appelant sur son accès aux documents communiqués, a amplifié l'erreur en tenant compte de ce contre-interrogatoire dans son évaluation de la crédibilité de l'appelant, et a de plus fait subir un préjudice à la défense en centrant son attention sur le comportement de l'appelant pour prendre une décision négative relativement à sa crédibilité.
3. Le juge du procès a commis une erreur en contre-interrogeant un [témoin] de la défense et l'appelant, de telle sorte qu'une erreur judiciaire grave s'est produite.
4. Le verdict est déraisonnable puisque le juge du procès a mal apprécié la preuve pour les raisons suivantes :
 - e) il a mal apprécié la conduite de l'appelant à la suite de l'événement;
 - f) il a mal apprécié la preuve lorsqu'il a conclu que certains éléments de preuve présentés par le ministère public corroboraient la preuve de la plaignante;
 - g) il n'a pas apprécié l'importance de la preuve selon laquelle la plaignante et l'appelant « flirtaient », laquelle tend à corroborer la preuve présentée par l'appelant selon laquelle l'activité sexuelle était consensuelle;
 - h) il a mal apprécié ou n'a pas considéré d'autres éléments de preuve ayant joué un rôle dans sa décision de condamner l'accusé.
5. Le juge du procès a commis une erreur en admettant la preuve de données statistiques de Statistique Canada, et en se fondant sur cette preuve dans son jugement.
6. Le juge du procès a commis une erreur en rendant sa décision en fonction de ce qu'une « personne raisonnable » déciderait.

IV. Analyse

A. *Contre-interrogatoire par l'avocate du ministère public (moyens d'appel n^{os} 1 et 2)*

[11] Voici l'échange intervenu au cours du contre-interrogatoire de M. Gahan, qui est au centre du premier et du deuxième moyens d'appel :

[TRADUCTION]

Q. Est-ce que quelqu'un vous a dit quoi dire ou quels mots employer?

R. Non.

Q. Vous avez eu beaucoup de temps pour tout passer en revue. Comme vous l'avez dit, cela fait presque deux ans, n'est-ce pas?

R. Oui, madame, cela fait presque deux ans.

Q. Hum. Vous avez passé en revue les documents communiqués?

R. Oui, madame, j'ai lu les documents communiqués.

Q. Et vous avez lu les déclarations d'autres personnes?

R. Oui, je les ai lues.

Q. Puis vous avez répété votre témoignage à de nombreuses reprises, n'est-ce pas?

R. Je l'ai lu. J'ai pensé à ce que – ce qui s'est passé cette nuit-là. Je me suis remémoré cette nuit à plusieurs reprises depuis ceci – depuis qu'on m'a accusé de ceci.

Q. Hum.

R. Oui, en effet.

[12] Pour placer cet échange en contexte, il est survenu lorsque la poursuivante confrontait M. Gahan sur son utilisation de termes qu'elle jugeait techniques pour décrire le déroulement des événements. En particulier, la poursuivante interrogeait M. Gahan sur son utilisation de termes tels que [TRADUCTION] « consensuel », « accommodant » et « corde en coton tissé », et lui laissait entendre qu'il ne s'agissait pas de mots qu'il emploierait couramment pour décrire les activités qu'il venait de raconter durant son interrogatoire principal. Même s'il a admis avoir répété son témoignage, M. Gahan a défendu son emploi de ces termes. Cela a mené à l'échange contesté.

[13] M. Gahan soutient que cet échange constitue un contre-interrogatoire inapproprié puisqu'il se reportait à son accès aux documents communiqués. Selon lui, sa crédibilité ne devrait pas être contestée pour la raison qu'il a exercé son droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière. Il soutient que le problème a pris de l'ampleur lorsque, durant la conclusion de sa plaidoirie, la poursuivante a fait l'observation suivante :

[TRADUCTION]

Maintenant, M. le juge, je ferais valoir que le témoignage de l'accusé n'est rien d'autre que le témoignage d'une personne qui a révisé ce que tous les autres ont dit, soit dans leurs déclarations à la police, soit à la barre des témoins ou dans ces deux cas, qui a répété son témoignage à d'innombrables reprises – innombrable étant le terme qu'il a employé lorsque je lui ai posé la question –, et qui fait correspondre son témoignage, autant que faire se peut, à ce qu'il connaissait déjà des éléments de preuve produits.

[14] Pour situer dans son contexte l'observation précédente, il faut préciser qu'elle a été faite au moment où la poursuivante indiquait une incohérence entre certaines parties du témoignage de M. Gahan et celui d'autres témoins. C'est à ce moment que la poursuivante a fait allusion au fait que M. Gahan avait lu les déclarations d'autres ou entendu leurs témoignages et qu'il avait répété le sien, en faisant valoir que, dans l'ensemble, son témoignage semblait un « script ». La poursuivante a ajouté :

[TRADUCTION]

Vous vous souviendrez que j'ai demandé à M. Gahan

combien de fois il avait répété son témoignage. Il ... il a fini par dire qu'il l'avait fait [TRADUCTION] « à d'innombrables reprises ». D'innombrables reprises. Je soutiens donc, M. le juge, qu'il était plutôt évident lorsqu'il témoignait que son témoignage avait été répété à d'innombrables reprises. Je dis cela puisque, de toute évidence, lorsque vous évaluez la crédibilité d'un témoin, vous devez, M. le juge, tenir compte de son comportement. Le comportement de M. Gahan était celui d'une personne qui avait un script, qui l'a mémorisé et qui l'a récité mot à mot, maintes et maintes fois. Je lui ai donné amplement l'occasion de me dire, lors du contre-interrogatoire, qu'il n'employait pas ces mots en temps normal, mais qu'il avait choisi de le faire durant la préparation de son témoignage. Quelque chose. N'importe quoi. Mais il ne voulait pas me dire cela. Je lui ai demandé : [TRADUCTION] « Quand vous parlez de sexe avec vos amis, dites-vous habituellement “j'ai eu une relation sexuelle consensuelle” ? » « Oh oui », a-t-il répondu, « c'est ce que je dis. » Ce mot a été employé maintes et maintes fois. Il a répété exactement les mêmes phrases lors de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire. Lorsque je lui posais une question, celle-ci n'obtenait généralement pas de réponse, mais il répétait la phrase qu'il nous avait donnée à l'interrogatoire principal. Je ferais valoir, M. le juge, que dans votre évaluation de la crédibilité, vous pourrez examiner ce témoignage et constater que le témoignage de l'accusé n'était pas fondé sur son souvenir des événements qui se sont produits à cette date.

LA COUR : Donc, autrement dit, son témoignage était tiré d'un script.

M^e BLUNSTON : Oui. Et j'ajouterais que ce n'était pas le cas pour les témoignages des autres témoins.

[15] En se fondant sur plusieurs décisions rendues par la Cour d'appel de l'Ontario, M. Gahan soutient qu'il était inapproprié pour le juge de permettre à la poursuivante de contre-interroger M. Gahan sur le fait qu'il avait reçu les éléments de preuve divulgués par la poursuivante. Selon M. Gahan, cette erreur a été amplifiée lorsque le juge s'est ensuite servi de cette série de questions inappropriées pour tirer des conclusions en matière de crédibilité.

[16] Dans l'affaire *R. c. I.W.*, [1999] O.J. No. 258 (C.A.) (QL), un accusé à interjeté appel de sa condamnation relativement à une accusation d'agression sexuelle. Le juge Doherty, qui rendait jugement au nom de la Cour, a vu un certain bien-fondé dans le point de vue de l'accusé selon lequel il avait été assujéti à un contre-interrogatoire inapproprié, mené de façon à laisser entendre que son témoignage était suspect puisque la totalité de la preuve du poursuivant lui avait été divulguée. Ce moyen d'appel a ultimement été rejeté, car le juge avait fait des mises en garde directes et immédiates au jury [TRADUCTION] « ayant pour effet de contrer les suggestions inappropriées qui se dégagent des questions posées par l'avocat du ministère public » et « qui suffisaient pour dissiper le préjudice causé par ces questions » (par. 21). Néanmoins, le juge Doherty a fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION]

La série de questions énoncée ci-dessus semble avoir été conçue dans le but de suggérer au jury que la preuve de l'appelant était en quelque sorte suspecte puisqu'on lui avait divulgué l'intégralité des éléments de preuve et qu'il n'avait pas été contre-interrogé avant de choisir de témoigner au procès. Non seulement ces suggestions sont-elles inappropriées, mais elles sont potentiellement préjudiciables. Le bon sens dit qu'un poids considérable peut être attaché à la suggestion selon laquelle une personne qui a reçu la divulgation complète de la preuve de la partie opposée et qui témoigne en dernier est dans une position lui permettant de faire correspondre sa preuve à celle qui lui a été divulguée. Cette inférence, peu importe qu'elle soit logique, ne peut être tirée sans transformer certains droits constitutionnels fondamentaux en un piège tendu aux personnes accusées. Si une telle suggestion s'infiltré dans le contre-interrogatoire d'un accusé, le juge du procès doit l'enrayer.

[...]

Je ne veux pas donner à croire que toute série de questions posées en contre-interrogatoire qui touchent à la divulgation est inappropriée. Le ministère public doit parfois, dans le cadre d'une série légitime de questions posées en contre-interrogatoire, établir que l'accusé a

obtenu la divulgation de la preuve contre lui. Par exemple, l'appelant avait fait référence, au cours de son interrogatoire principal, aux relevés téléphoniques concernant les appels faits entre lui et la plaignante. Il s'était servi de ces appels téléphoniques pour se rappeler l'heure et la date de certaines rencontres avec la plaignante. Lors du contre-interrogatoire, l'avocat du ministère public a souligné le fait que l'appelant avait eu accès complet à ces dossiers avant de témoigner. Cela était approprié dans le cadre du contre-interrogatoire et visait à démontrer que l'appelant était au courant du contenu des relevés téléphoniques avant de témoigner, et que toute suggestion selon laquelle les relevés corroborent son témoignage devrait être interprétée à la lumière de ce fait.

Bien que les questions portant sur la divulgation de la preuve puissent être appropriées dans certains cas, celles-ci présentent toujours des risques. Lorsque l'avocat du ministère public souhaite poser lors du contre-interrogatoire des questions qui intéressent la divulgation, je crois que la façon de procéder la plus prudente est de faire vérifier la série de questions proposée par le juge du procès en l'absence du jury. [Par. 20, 22 et 23]

- [17] Dans *R. c. Shell*, [2000] O.J. No. 3633 (C.A.) (QL), la Cour a ordonné un nouveau procès puisque le contre-interrogatoire de l'accusé présentait de graves irrégularités et les directives données au jury étaient insuffisantes. Dans cette affaire, le poursuivant avait contre-interrogé l'accusé sur le fait qu'il était initialement demeuré silencieux et sur le fait qu'il avait passé en revue la preuve divulguée avant de témoigner. De plus, le poursuivant avait présenté au jury l'argument selon lequel l'accusé avait eu beaucoup de temps pour réfléchir à son témoignage, avait accès à l'intégralité de la preuve, avait entendu les témoignages fournis à l'enquête préliminaire et au procès, et était donc dans une position lui permettant d'adapter sa preuve. Au nom de la Cour, le juge Rosenberg a conclu qu'il [TRADUCTION] « était erroné et injuste de la part de l'avocat du ministère public de tenter d'exploiter le fait que l'appelant [avait] exercé ses droits » (par. 57). Même si le juge du procès avait, à bon droit, expliqué par la suite au jury qu'il ne pouvait pas se servir du fait que l'accusé avait exercé son droit au silence,

aucune des directives qu'il lui avait données ne portait sur le droit de l'accusé à la divulgation de la preuve.

[18] Dans *R. c. Thain*, 2009 ONCA 223, [2009] O.J. No. 1022 (QL), le juge du procès a condamné un accusé pour « leurre » sur Internet (al. 172.1(1)c) du *Code criminel*). En rendant son verdict, il a déclaré que la crédibilité de l'accusé devait être évaluée à la lumière du fait que son explication relativement à certains échanges sur Internet avait été fournie [TRADUCTION] « longtemps après qu'il [avait] eu accès à la divulgation de la preuve ». En appel, l'accusé a soutenu que le juge de procès avait commis une erreur au moment d'évaluer sa crédibilité, et que la déclaration susmentionnée était un exemple parmi tant d'autres illustrant cette erreur. Au nom de la Cour, le juge d'appel Sharpe a souscrit à cet argument. Il a conclu : [TRADUCTION] « Il est erroné de proposer de manière générale que la crédibilité d'un accusé doit être évaluée "à la lumière du fait que son explication a eu lieu longtemps après qu'il a eu accès à la divulgation" » (par. 20). Il a expliqué que, même s'il est possible que dans certains cas la divulgation des documents puisse être un facteur pertinent pour mettre en doute la crédibilité, il ne s'agissait pas en l'espèce d'un tel cas. Qui plus est, dans cette affaire, ce n'était pas le poursuivant qui avait eu recours aux documents communiqués pour l'évaluation de la crédibilité, mais bien le juge de procès lorsqu'il avait rendu ses motifs. Par conséquent, l'appelant n'avait jamais eu l'occasion de réfuter la suggestion faite, et son avocat n'avait pas eu l'occasion de soulever ce point dans sa plaidoirie.

[19] Dans *R. c. F.E.E.*, 2011 ONCA 783, [2011] O.J. No. 5738 (C.A.) (QL), la Cour a ordonné un nouveau procès puisque l'accusé avait été exclu de la conférence préalable aux instructions, ce qui avait porté atteinte à l'apparence d'équité et à la transparence du procès. Ce faisant, la Cour a néanmoins commenté quelques-uns des autres moyens d'appels soulevés, dont celui portant sur le fait qu'on se soit reporté aux documents divulgués lors du contre-interrogatoire de l'accusé. À cet égard, le juge d'appel Watt a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION]

Que le contre-interrogatoire d'un accusé portant sur le fait

que le poursuivant lui ait divulgué la preuve et qu'il ait eu l'occasion de se familiariser avec celle-ci soit admissible ou inapproprié est fonction des circonstances de chaque cas : *R. c. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230, au par. 24. Il pourrait être approprié pour un poursuivant de mentionner, au cours du contre-interrogatoire, la divulgation de la preuve à l'accusé afin de miner une défense d'alibi, pour ainsi prétendre que l'accusé a adapté sa preuve afin de la faire correspondre à la preuve divulguée par le ministère public : *Thain*, par. 24, *R. c. Khan* (1998), 126 C.C.C. (3d) 523 (C.A.C.-B.), par. 50, *R. c. Marshall* (2005), 77 O.R. (3d) 81 (C.A.), par. 74 et 75, et *R. c. Simon* (2001), 154 C.C.C. (3d) 562 (C.A. Qué.), p. 573 et 574.

D'un autre côté, le contre-interrogatoire d'un accusé, qui est conçu par le poursuivant de façon à laisser entendre au jury que son témoignage est suspect parce qu'on lui a divulgué la preuve, qu'il connaissait la thèse du poursuivant et qu'on ne lui a pas demandé de révéler sa propre preuve avant son témoignage au procès, est à la fois inapproprié et potentiellement préjudiciable : *R. c. White* (1999), 42 O.R. (3d) 760 (C.A.), p. 767 et 768.

Lorsqu'une plainte est formulée relativement au caractère approprié du contre-interrogatoire d'un accusé, nous devons toujours tenir à l'esprit que le contre-interrogatoire abusif d'un accusé peut entacher un procès en lui causant un véritable préjudice ou en donnant au procès l'apparence d'être inéquitable : *White*, p. 764. [Par. 71 à 73]

[20] Finalement, M. Gahan s'appuie également sur l'arrêt *R. c. Jorgge*, 2013 ONCA 485, [2013] O.J. No. 3343 (QL), qui, selon lui, est analogue au cas en l'espèce. Dans cette affaire, la juge de procès avait rejeté la preuve de l'appelant en partie parce qu'il [TRADUCTION] « avait adapté son témoignage au procès afin de le faire correspondre aux arguments soulevés lors du voir-dire tenu sur l'admissibilité de sa déclaration à la police » (par. 2). Le juge d'appel Laskin, qui rendait jugement au nom de la Cour a conclu que [TRADUCTION] « le raisonnement de la juge du procès était mal fondé car il brimait le droit de l'appelant d'être présent à son propre procès » (par. 12). Un nouveau procès a été ordonné puisque [TRADUCTION] « l'erreur [de la juge] avait

pris une grande place dans son évaluation défavorable de la crédibilité de l'appelant » (par. 19).

[21] Je souscris, de façon générale, aux principes qui peuvent être dégagés de ces décisions de l'Ontario, que je résume comme suit :

1. Même s'il n'est pas toujours inapproprié de mentionner la divulgation dans une série de questions posées en contre-interrogatoire, il est généralement inapproprié qu'un poursuivant tente de mettre en doute la crédibilité d'un accusé du fait que ce dernier a exercé son droit constitutionnel de connaître la preuve de la partie opposée.
2. La question de savoir si le contre-interrogatoire d'un accusé portant sur le fait que le poursuivant lui a divulgué la preuve et que l'accusé a eu l'occasion de se familiariser avec celle-ci est admissible ou inapproprié est fonction des circonstances de chaque cas.
3. Dans un procès devant jury où un contre-interrogatoire inapproprié a lieu, le juge du procès doit supprimer cette preuve en donnant des directives appropriées au jury.
4. Même dans les cas où il est permis de se servir du fait que la preuve a été divulguée à l'accusé, il demeure inapproprié qu'un juge se serve de ce fait si l'accusé n'a pas eu l'occasion de le réfuter et que son avocat n'a pas eu l'occasion de soulever ce point dans sa plaidoirie.
5. Dans un procès instruit par un juge siégeant seul, si l'on démontre que la mention de la divulgation était inappropriée et si cette mention prend une grande place dans l'évaluation défavorable de la crédibilité de l'accusé, cette mention constitue une erreur de droit qui nécessiterait probablement la tenue d'un nouveau procès.

[22] S'agissant du deuxième moyen d'appel, M. Gahan soutient que le juge a aggravé l'erreur commise en ne réprimandant pas la poursuivante pour avoir mené un contre-interrogatoire inapproprié, en invoquant justement le fait que M. Gahan avait eu accès à la divulgation, dans son évaluation de la crédibilité de ce dernier, et en centrant son attention sur le comportement adopté par M. Gahan pour tirer une conclusion défavorable concernant sa crédibilité. Aux fins de mon analyse, je scinderai ce moyen en deux parties, savoir : (1) le juge s'est-il appuyé sur un contre-interrogatoire inapproprié dans son évaluation de la crédibilité, et (2) le juge s'est-il indûment concentré sur le comportement dans son évaluation de la crédibilité? La première partie fera immédiatement l'objet d'une analyse, mais je ne me pencherai sur la seconde partie que lorsque je traiterai du sixième moyen d'appel de M. Gahan, où j'examinerai les facteurs à considérer lors d'une évaluation de la crédibilité.

[23] Le procureur général convient qu'il était inapproprié pour la poursuivante de laisser entendre que la crédibilité d'un accusé était réduite du seul fait qu'il prenne connaissance de la preuve divulguée. Il prétend, toutefois, que les arguments de M. Gahan sont sans fondement du fait que le contre-interrogatoire contesté n'a eu aucune incidence sur la décision du juge. Il souligne que le juge du procès était un juge chevronné qui est censé connaître le droit. Contrairement à l'affaire *Thain*, la décision ne mentionne aucunement l'examen de la preuve divulguée comme un facteur ayant eu des répercussions négatives sur la crédibilité de l'accusé.

[24] Dans sa décision, le juge du procès mentionne que, à son avis, le témoignage de M. Gahan semble avoir été tiré d'un script. Cela dit, il n'indique jamais expressément avoir tiré des conclusions défavorables du fait que M. Gahan avait examiné la preuve divulguée avant de témoigner.

[25] L'impression du juge selon laquelle le témoignage de M. Gahan semblait tiré d'un script est apparue durant la réplique de l'avocat de la défense. L'échange s'est déroulé comme suit :

[TRADUCTION]

M^e OLEY : Je ne sais pas s'il est pratique courante pour vous, M. le juge, de permettre – de permettre une courte réfutation ou non, je ne le sais pas –

LA COUR : Je n'ai pas l'habitude de le permettre, mais je vous accorde deux minutes.

M^e OLEY : D'accord. En ce qui concerne la déclaration qui serait tirée d'un script, M. le juge, l'accusé a indiqué qu'il vit avec cette affaire depuis deux ans. Il a donc eu amplement de temps pour se remémorer les événements qui se sont déroulés.

LA COUR : Je vais être honnête avec vous, M^e Oley. Je l'ai fait remarquer à la sténographe hier. Cela fait maintenant – cela fera sous peu neuf ans que je siége comme juge, et c'est la première fois que je vois un témoin qui présente son témoignage d'une manière qui ressemble autant à un script. Donc, je l'ai remarqué hier, mais cela ne veut pas dire que –

M^e OLEY : Cela ne veut pas dire qu'il n'est pas vrai.

LA COUR : Exactement. Cela ne veut pas dire qu'il n'est pas vrai, mais, c'était frappant – je l'ai remarqué.

M^e OLEY : Oui, je comprends que vous disiez cela. Encore une fois, cela ne veut pas dire –

LA COUR : Je, je –

M^e OLEY : – qu'il n'est pas – il a eu beaucoup de temps pour y réfléchir.

LA COUR : Je suis complètement d'accord avec vous. Et je suis complètement d'accord avec vous lorsque vous dites qu'il a eu beaucoup de temps pour y réfléchir. Beaucoup de temps pour se remémorer les événements.

M^e OLEY : Oui.

LA COUR : Ce qui – et à juste titre, puisqu'il s'agit de questions graves.

M^e OLEY : Exactement.

LA COUR : Et la décision que je dois rendre aura une incidence sur la vie de deux personnes.

[26] Je ne peux pas extrapoler, à partir de cet échange, que le juge songeait à donner une quelconque importance aux réponses obtenues au contre-interrogatoire inapproprié relativement aux éléments de preuve divulgués. La poursuivante faisait valoir que le témoignage semblait répété en raison du langage employé par M. Gahan durant l'interrogatoire principal. Ce langage fait partie du comportement d'un témoin, que le juge est appelé à considérer, même s'il s'agit d'une considération dont la valeur est très limitée, comme nous le verrons plus loin dans l'analyse du sixième moyen d'appel. Lors de cet échange, l'avocat de M. Gahan était conscient de l'impression du juge quant au comportement du témoin et il a eu l'occasion d'y répondre. Le juge a reconnu, à bon droit, qu'il n'était pas anormal pour M. Gahan d'avoir réfléchi longuement à ce qu'il dirait en cour. Par surcroît, le juge a expressément déclaré que même si le témoignage paraissait tiré d'un script, « cela ne [voulait] pas dire qu'il [n'était] pas vrai ». Ce propos n'est certainement pas erroné.

[27] De plus, rien ne m'indique dans les motifs du juge qu'il se serait fié au contre-interrogatoire contesté. Il déclare avoir écouté attentivement le témoignage de M. Gahan et avoir réécouté l'enregistrement de celui-ci [TRADUCTION] « à de nombreuses reprises » depuis. Il constate que M. Gahan a reconnu qu'il n'était pas sobre, bien qu'il ait maintenu qu'il n'était pas intoxiqué au point d'être incapable de se souvenir des événements. En ce qui a trait à son comportement à la barre des témoins, le juge dit :

[TRADUCTION]

Comme je l'ai mentionné après le procès ou au cours des plaidoiries, j'ai écouté son témoignage et celui-ci me semblait être – c'est comme si quelqu'un lui avait donné un script et qu'il l'avait répété. Il a en effet reconnu durant son témoignage qu'il avait répété son témoignage, mais il ne s'est jamais écarté du script.

[28] Je ne vois tout simplement rien dans la décision du juge qui indique que celle-ci se fonde de manière inappropriée sur le contre-interrogatoire contesté. Je reconnais que le contre-interrogatoire sur l'accès à la divulgation était étroitement lié aux questions de la poursuivante portant sur le fait que le témoignage était une répétition ou était tiré d'un script, mais il s'agit néanmoins de deux sujets entièrement distincts. Le cas en l'espèce est différent des cas ontariens qui ont donné lieu à de nouveaux procès, puisque rien au dossier n'indique que le juge du procès a fondé son évaluation de la crédibilité de M. Gahan sur l'accès de celui-ci aux éléments de preuve divulgués. À mon sens, la décision qui doit être prise relativement à ce moyen d'appel devrait être la même que dans l'arrêt *Brown et Murphy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 273, [1985] A.C.S. n° 57 (QL), dans lequel la Cour a également conclu que le poursuivant s'était livré à un contre-interrogatoire inapproprié. Même si la Cour suprême a déterminé que le juge de procès n'avait pas suffisamment limité le poursuivant dans son contre-interrogatoire, il était évident dans les motifs du juge du procès que ce dernier n'avait pas tiré sa conclusion sur le fondement du contre-interrogatoire contesté, ce qui justifiait le rejet de l'appel, aucune erreur judiciaire grave n'ayant été commise. J'arrive à la même conclusion relativement au contre-interrogatoire contesté et à l'effet qu'a eu celui-ci sur la décision du juge, c'est-à-dire aucun effet.

B. *Le « contre-interrogatoire » du juge (moyen d'appel n° 3)*

[29] M. Gahan prétend que le juge est intervenu après la fin de l'interrogatoire par l'avocat pour poser des questions à l'appelant et à un témoin de la défense d'une manière qui constituait en fait un contre-interrogatoire.

[30] En se fondant sur la décision de Lord Denning dans *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155, [1957] 2 Q.B. 55 (C.A.), M. Gahan reconnaît qu'un juge peut poser des questions à un témoin afin [TRADUCTION] « [d']élucider un point qui a été oublié ou qui est demeuré obscur », mais que s'il va plus loin, il [TRADUCTION] « abandonne son rôle de juge pour adopter celui d'un avocat », un rôle qui [TRADUCTION] « ne lui sied pas bien » et qui risque de créer une apparence de

partialité (p. 64). Il cite le juge Limerick dans *Ogwa c. Alli* (1972), 4 R.N.-B. (2^e) 423, [1972] A.N.-B. n^o 63 (C.A.) (QL) :

[TRADUCTION]

[...] Le juge du procès ne doit pas s'immiscer dans l'interrogatoire des témoins si ce n'est pour clarifier le témoignage ou établir sa compétence. S'il intervient à d'autres fins, il court le risque de se faire l'avocat de l'une ou l'autre partie ou de se trouver mêlé à un différend avec un témoin dans des conditions qui peuvent lui faire perdre la qualité de juge véritablement impartial. Le rôle du juge consiste à écouter attentivement, non pas à produire des éléments de preuve. [p. 439]

[31] Les faits qui ont amené le juge d'appel Limerick à faire cette remarque sont expliqués dans les deux phrases précédant directement le passage cité :

[TRADUCTION]

Pendant le procès, la Cour a interrogé sept témoins. Le juge du procès a posé des questions suggestives au témoin expert Jones, il a obtenu des réponses [qu'il rejetait] et il a ensuite longuement contre-interrogé le témoin. [p. 439]

[32] Néanmoins, l'appel dans l'arrêt *Ogwa* n'a pas été tranché sur le fondement de l'intervention du juge.

[33] Il est bien établi en droit qu'un juge a [TRADUCTION] « non seulement le droit, mais aussi le devoir d'interroger un témoin afin d'élucider une réponse obscure ou pour s'assurer qu'un témoin a bien compris une question, et même de corriger une omission de l'avocat en posant des questions qui, à son avis, auraient dû être posées pour expliquer ou faire ressortir certains points pertinents » : *R. c. Darlyn*, [1946] B.C.J. No. 94 (C.A.) (QL), le juge d'appel Bird, au par. 31, cité avec approbation dans *Brouillard dit Chatel c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, [1985] A.C.S. n^o 3 (QL), au par. 21.

[34] Il est aussi accepté que la nature et l'étendue de la participation d'un juge dans l'interrogatoire d'un témoin est une question qui relève de son pouvoir discrétionnaire : *ibid.*, *Boucher c. Doiron*, 2000 NBCA 18, 230 R.N.-B. (2^e) 247, au par. 17, et *Pelletier c. St-Onge*, 2001 NBCA 22, 236 A.N.-B. (2^e) 128, au par. 9, ces deux décisions rendues par le juge Drapeau (tel était alors son titre). Évidemment, le pouvoir discrétionnaire doit être exercé de manière judiciaire dans le cadre de la fonction du juge, qui consiste à [TRADUCTION] « tenir en équilibre la balance de la justice entre le ministère public et l'accusé » : *Darlyn*, au par. 31 et *Brouillard dit Chatel*, au par. 21.

[35] Bien entendu, si un juge descendait pour ainsi dire de son banc afin d'assumer le rôle d'avocat à un point tel qu'une personne raisonnable estimerait que l'accusé n'a pas eu un procès équitable, il faudrait ordonner un nouveau procès, et ce, même si le verdict n'est pas déraisonnable au vu de la preuve, et même si le juge n'a pas commis d'erreur de droit ou de fait : *Brouillard dit Chatel, R. c. Palosaari*, 2004 BCCA 595, [2004] B.C.J. No. 2429 (QL), et *R. c. Konelsky*, [1989] A.J. No. 615 (C.A.) (QL). L'apparence d'équité est d'une importance aussi fondamentale que l'équité elle-même.

[36] La première intervention judiciaire contestée portait sur un témoin de la défense. Peter Dawson était l'une des personnes présentes à la fête du 27 décembre 2010 chez M. Gahan. Il était un ami de M. Gahan et de la cousine de la plaignante. Il était chez M. Gahan lorsque la plaignante est arrivée avec sa cousine et leur amie. Toute la soirée, il sortait de la maison et y rentrait, car il allait souvent au garage fumer. Il a remarqué que M. Gahan et la plaignante avaient passé beaucoup de temps ensemble à discuter dans la cuisine. Il a décrit leur comportement comme s'ils « flirtaient », en expliquant qu'ils étaient assis l'un près de l'autre et qu'ils se chuchotaient des choses à l'oreille pendant une longue période. Il a admis qu'il était ivre lorsqu'il a quitté la fête, vers 1 h, mais il a maintenu que ses facultés n'étaient pas affaiblies au moment où les événements avec la plaignante sont survenus. À un certain moment, il était en train de fumer dans le garage lorsque M. Gahan s'est joint à lui. Il lui a demandé s'il avait eu des relations sexuelles avec la plaignante, et ce dernier a répondu que oui. Environ

dix minutes plus tard, il a vu la plaignante quitter la fête. Il ne se souvient pas si elle portait ou non un manteau.

[37] À la suite d'un bref réinterrogatoire de M. Dawson, le juge a posé les questions suivantes :

[TRADUCTION]

LA COUR : M. Dawson, j'ai une question pour vous.

R. D'accord.

LA COUR : Vous dites que vous étiez dans le garage en train de parler avec Travis à peu près cinq minutes plus tard. C'est votre –

R. Oui (inaudible).

LA COUR : Ce sont vos propres mots. Et vous avez dit que vous avez remarqué [la plaignante] partir.

R. Hum, hum.

LA COUR : Par quelle porte est-elle sortie?

R. Elle – j'essaie de – je sais par quelle porte elle est sortie. J'essaie comme de vous dépeindre la scène. La porte d'en avant – voilà, la porte d'en avant, voici la maison ici, voici la porte d'en avant. Le garage, il faut s'y rendre, comme, par l'autre côté.

LA COUR : Mais la plupart des gens ne passent-ils pas par le garage pour entrer dans la maison?

R. Normalement, je ne sais pas. Je ne – je ne dirais pas.

LA COUR : D'accord. Alors –

R. Parce que ce sont les portes de garage –

LA COUR : Retournons en arrière. Lorsque vous êtes arrivé à la fête.

R. Oui.

LA COUR : Par quelle porte êtes-vous entré?

R. La porte d'en avant.

LA COUR : La porte d'en avant?

R. Oui.

LA COUR : Vous n'êtes pas entré par le garage?

R. Non, le garage aurait été fermé.

LA COUR : D'accord. Donc, vous dites que [la plaignante] a quitté la maison en sortant par la porte d'en avant. Est-ce bien ce que vous dites?

R. Oui.

LA COUR : Avez-vous remarqué son comportement lorsqu'elle est partie?

R. Bien, parce que lorsque – comme j'ai dit, lorsque je l'ai vue, elle était plutôt loin, je ne pouvais pas dire, comme, ce que son –

LA COUR : D'accord. Quel temps faisait-il ce soir-là?

R. Il y avait une tempête de neige.

LA COUR : Une tempête de neige? Et vous témoignez, si je comprends bien vos réponses aux questions de l'avocat, que vous n'aviez vu, en aucun temps au cours de la soirée, [la plaignante] seule dans le salon. Est-ce exact?

R. Je ne me souviens pas de l'avoir vue à cet endroit.

LA COUR : Pardon?

R. Non.

LA COUR : D'accord. Maintenant, vous avez dit qu'à un moment donné, lorsque M^c Blunston vous interrogeait, vous étiez – que [la plaignante] était assise à la table, en face de Travis, en train de discuter. Est-ce exact?

R. Non.

LA COUR : Eh bien, c'est ce que vous avez dit dans votre déclaration.

R. Quand ai-je dit – quand ai-je dit cela?

LA COUR : Dans votre déclaration.

R. En face de lui, à table?

LA COUR : Et qu'ils étaient – ouais.

R. Non, j'ai dit qu'ils étaient assis ensemble.

LA COUR : Alors c'est ce que – M^e Blunston, si je – j'ai peut-être tort.

M^e BLUNSTON : Non.

LA COUR : Mais je pense –

M^e BLUNSTON : C'est tout à fait exact.

LA COUR : Je pense que vous – vous avez parcouru la déclara – vous pourriez peut-être lui montrer sa déclaration de nouveau. M. Dawson, pouvez-vous lire votre déclaration, s'il vous plaît? La lire vous rafraîchit-il la mémoire?

R. La première phrase? Commencer simplement à la première phrase?

LA COUR : Lisez-la simplement jusqu'à ce que –

R. « Elle a (elle a) une cousine qu'elle a amenée avec elle, et c'est la fille qui –

M^e BLUNSTON : Eh bien, je – je ne pense pas qu'il ait besoin de la lire à haute voix.

LA COUR : Non.

M^e BLUNSTON : Je pense – je – ce que vous avez dit au sujet d'être assis face à face à la table se trouve près du

haut de cette page. J'ai tout simplement passé à la page 2, mais il a certainement le droit de lire.

LA COUR : Lisez-la en silence jusqu'à ce vous arriviez à ce passage, pour voir si cela vous rafraîchit la mémoire.

R. D'accord. D'accord. Ouais, avec ceci – il manque des mots ici alors parce qu'ils étaient assis ensemble.

LA COUR : Oh! Donc, ces mots sont manquants?

R. Le passage « face à face à la table ». Je me souviens – je me souviens de les avoir vus ensemble, côte à côte.

LA COUR : Mais, si je comprends bien –

R. Ils étaient assis l'un en face de l'autre à un moment donné, mais –

LA COUR : D'accord.

R. – je ne pense pas qu'ils étaient à la table, l'un en face de l'autre, comme, simplement en train de se parler entre eux – puisqu'ils parlaient à voix haute.

LA COUR : Oui, mais je – je me souviens de votre témoignage, lorsque vous avez dit que vous avez remarqué que [la plaignante] envoyait des textes. Vous avez dit que [la cousine] était assis ici – ah, [la plaignante] était ici et vous étiez à côté d'elle.

R. Oui.

LA COUR : Où était Travis?

R. Je crois qu'il était – il était à la table.

LA COUR : Oui, mais où?

R. Il aurait été assis sur l'un des trois autres sièges.

LA COUR : Donc, il n'était pas à côté de [la plaignante]?

R. Non.

LA COUR : D'accord.

R. Mais lorsqu'elle – comme je disais, elle ne –, mais comme la fois où j'ai parlé des textos, elle ne s'adressait pas à lui en disant, comme, « oh! mon copain et moi venons de rompre il y a deux jours ». Elle le disait à voix haute. Autrement dit, elle ne le disait pas nécessairement à Travis, mais à tout le monde.

LA COUR : Hum, hum.

R. Donc alors ce n'est pas –

LA COUR : Donc elle –

R. – parler à Travis.

LA COUR : Elle [la plaignante] ne parlait pas à – je veux dire à Travis?

R. Non, elle parlait – elle parlait aux personnes assises autour de la table.

LA COUR : Elle parlait à tout le monde?

R. Ouais.

[38] Le juge a alors demandé aux avocats s'ils avaient des questions au sujet de celles qu'il avait posées à M. Dawson. Ni l'un ni l'autre avocat n'en avait.

[39] À mon sens, il serait difficile de qualifier cet échange de contre-interrogatoire. De toute évidence, le juge voulait élucider trois aspects du témoignage de M. Dawson. Premièrement, le juge voulait mieux comprendre la configuration de la maison. En deuxième lieu, il voulait confirmer que le témoin n'avait pas vu la plaignante seule dans le salon et, troisièmement, il tentait de clarifier ce que le témoin avait dit au sujet de l'endroit où la plaignante était assise par rapport à M. Gahan, dans la cuisine. Bien que les questions aient pu diriger le témoin vers des sujets que le juge voulait explorer, il ne s'agissait pas de questions suggestives, c'est-à-dire de questions qui suggéraient une réponse.

[40] Manifestement, il n'y a rien de contestable dans les deux premiers aspects explorés par les questions du juge. Pour ce qui est du troisième, le témoin avait été contre-interrogé sur une déclaration qu'il avait faite à la police, dans laquelle il avait déclaré que M. Gahan et la plaignante étaient assis face à face à une table, alors qu'il soutenait, à la barre des témoins, qu'ils étaient assis l'un à côté de l'autre, et qu'ils se chuchotaient à l'oreille. Le témoin avait également été appelé à répondre, en contre-interrogatoire, à l'assertion de la poursuivante selon laquelle personne d'autre n'avait signalé que M. Gahan et la plaignante étaient assis seuls à la table. Dans de telles circonstances, il est tout à fait compréhensible qu'un juge demande des précisions. La troisième série de questions du juge était de toute évidence conçue pour fournir au témoin une occasion d'expliquer la divergence entre sa déclaration et son témoignage. En fait, M. Dawson a profité de l'occasion et a expliqué que M. Gahan et la plaignante étaient assis, à un moment donné, l'un en face de l'autre à la table, mais qu'il se souvient aussi de les avoir vus, à un autre moment, assis l'un à côté de l'autre.

[41] Pour ce qui est des questions posées par le juge à la fin du réinterrogatoire de M. Gahan, ce dernier admet que les premières questions [TRADUCTION] « auraient pu être à juste titre qualifiées de mises au point au sujet de la configuration de la maison ». C'est ce qui a suivi cette série de questions que l'on prétend être inacceptable. L'échange contesté est le suivant :

[TRADUCTION]

LA COUR : Bien, quelque chose a piqué ma curiosité. Vous avez dit que c'était – lorsque vous êtes remonté à l'étage et – et vous avez affirmé avoir vu [l'amie], [la cousine] et [la plaignante] dans le salon.

R. Oui.

LA COUR : Et elles semblaient bouleversées.

R. En effet.

LA COUR : C'est-à-dire que [la plaignante] pleurait – ou peut-être qu'elles pleuraient toutes?

R. Je ne sais pas si elles pleuraient toutes.

LA COUR : Je ne suis pas sûr.

R. Je ne sais pas non plus.

LA COUR : Et pourquoi n'avez-vous pas voulu aller vérifier? Vous veniez tout juste de faire – de coucher avec [la plaignante]. [M. Gahan avait témoigné que « coucher avec » signifiait avoir une relation sexuelle].

R. Ouais. Pourquoi ne vouliez-vous pas – vous voulez savoir pourquoi je n'ai pas –

LA COUR : Pourquoi n'êtes-vous pas allé voir pourquoi elle était bouleversée?

R. Je voyais que [l'amie] et [la cousine] la consolait.

LA COUR : Oui.

R. Euh, je savais qu'elle et [sa cousine] paraissaient évidemment très proches. Je pensais, comme, elles la con...

LA COUR : Mais n'étiez-vous pas proche de [la cousine] et de [l'amie] aussi?

R. J'étais assez proche d'elles, mais comme j'ai dit, à l'époque, je les connaissais depuis – cinq ou six mois. Je savais qu'elles pourraient prendre soin d'elle mieux que moi. À ce moment-là, je pensais que si je m'ingérais dans cette situation, cela aurait seulement pour effet de rendre la situation beaucoup plus dramatique puisque j'en ignorais la cause. Mais j'ai supposé que cela avait quelque chose à voir avec le fait que nous venions d'avoir une relation sexuelle.

LA COUR : Cela ne vous a pas préoccupé de voir vos amies bouleversées?

R. Euh. Ouais, ça m'a préoccupé, je suppose. Qu'est-ce – ça m'a préoccupé, mais je me suis dit que ça concernait [la plaignante] et que [la cousine] et [l'amie] pourraient la consoler mieux que moi.

[42] Encore une fois, le juge a demandé aux avocats s'ils avaient des questions suivant cet échange. Les deux ont répondu par la négative.

[43] M. Gahan décrit l'échange susmentionné comme [TRADUCTION] « un contre-interrogatoire relativement complet », tandis que le procureur général prétend que les questions étaient [TRADUCTION] « extrêmement brèves et n'auraient pas pu donner l'impression que le juge avait abandonné son rôle pour assumer celui d'un avocat ». Je suis d'accord avec le procureur général. Pour reprendre les propos du juge Drapeau (tel était alors son titre) dans *Doiron*, les questions du juge étaient [TRADUCTION] « précises et restreintes ». Le juge était de toute évidence troublé par le comportement de M. Gahan suivant les événements. Le juge avait le choix de demeurer silencieux, dans tel cas il serait évidemment resté troublé par cet aspect du témoignage de M. Gahan, ou de demander à M. Gahan de s'expliquer, et c'est ce qu'il a fait.

[44] Comme on le dit dans *Doiron*, [TRADUCTION] « les limites d'une intervention acceptable de la part du juge du procès ne sont pas coulées dans le béton et il faut examiner la conduite contestée dans son contexte afin de déterminer si elle a porté une atteinte inadmissible au caractère équitable du procès » (par. 18). Dans cette optique, je ne saurais conclure que le juge a outrepassé les limites d'une intervention admissible. Lorsque j'examine les questions posées à M. Dawson et à M. Gahan, séparément ou dans l'ensemble, je ne peux tout simplement pas concevoir qu'un observateur raisonnable tirerait comme conclusion que le procès était inéquitable ou que le juge n'était pas impartial.

[45] La présente affaire est loin d'être semblable à celles où un nouveau procès fut ordonné parce que l'intervention du juge, était raisonnablement perçue comme rendant le procès inéquitable. Par exemple, dans l'affaire *Brouillard dit Chatel*, le juge Lamer (tel était alors son titre) a résumé les interventions contestées en ces termes :

[TRADUCTION]

En l'espèce, le moins que l'on puisse dire est que le juge était conscient de son droit d'intervenir. Au témoin

Dominique Gauthier, la fille de la plaignante, compagne de l'accusé et témoin de celui-ci, il posait une soixantaine de questions, presque autant que la Couronne, et l'interrompait plus d'une dizaine de fois au cours de son témoignage.

Au cours du témoignage de l'accusé le juge a, de beaucoup, posé plus de questions que les deux avocats. De fait, au cours de l'interrogatoire principal dirigé par l'avocat de la défense, il a interrompu près de vingt fois et a contre-interrogé l'accusé. Il en résulte qu'il a posé à l'accusé, toujours au cours de l'interrogatoire, deux fois plus de questions que n'a pu le faire son propre avocat. Comme la teneur de ses questions était davantage du contre-interrogatoire, il a ainsi nettement donné l'impression d'assister la Couronne en faisant précisément ce qu'il lui eût incombé, le cas échéant, d'empêcher la Couronne de faire. Au total, l'accusé fut interrompu par le juge plus de soixante fois dans ses réponses au cours de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire. Tant l'accusé que le témoin Gauthier furent l'objet de remarques sarcastiques. [Par. 26 et 27]

[46]

Dans *Konelsky*, le comportement du juge est décrit ainsi :

En plus des interruptions fréquentes des deux avocats pendant qu'ils interrogeaient les témoins, le juge du procès s'est mis à interroger chaque témoin à la conclusion de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire. Bien que nombre des questions du juge puissent être qualifiées, à juste titre, de questions posées à des fins de précision, il est tout aussi évident qu'une bonne partie de celles-ci étaient de la nature d'un contre-interrogatoire. Les interventions gênaient nettement le contre-interrogatoire de l'avocat. Puisque la crédibilité était manifestement une question litigieuse dans cette affaire, de telles interventions gênaient nettement les tentatives de l'avocat de mettre la crédibilité des témoins à l'épreuve. Les deux avocats, dans leurs conclusions finales, étaient d'accord pour dire que la question de la crédibilité était extrêmement importante dans cette affaire. En effet, le juge du procès était du même avis et a tiré des conclusions de fait très détaillées et précises à cet égard. Ayant assumé le rôle d'avocat dans la mesure où il l'a fait, même avec les meilleures intentions en ce qui a trait à son impartialité, il est impossible de dire qu'il serait perçu par l'accusé ou un observateur raisonnable comme

ayant conservé son objectivité et son impartialité. [Par. 3]

[47] Dans *Palosaari*, la juge avait rappelé de son propre chef et longuement contre-interrogé un témoin, dont elle ne croyait manifestement pas le témoignage.

[48] Même si l'intervention du juge dans chacune de ces affaires aurait pu justifier l'annulation du verdict en raison du fait qu'il avait assumé un rôle d'avocat, cela n'est tout simplement pas le cas en l'espèce.

C. *Mauvaise appréciation de la preuve (moyen d'appel n° 4)*

[49] M. Gahan prétend que le verdict est déraisonnable puisque le juge aurait mal apprécié plusieurs aspects de la preuve : (1) la conduite à la suite de l'infraction; (2) la preuve qui, selon ses conclusions, corroborait celle de la plaignante; (3) la preuve qui tendait à corroborer le témoignage de M. Gahan, selon laquelle ce dernier et la plaignante avaient flirté et (4) d'autres éléments de preuve qui ont joué un rôle dans la décision du juge, comme a) une affirmation que la cousine de la plaignante aurait faite en route vers la maison de M. Gahan, b) certains détails de l'activité sexuelle décrite par la plaignante, c) certains aspects du témoignage de Peter Dawson et d) la période pendant laquelle la plaignante s'était absentée avec M. Gahan, selon le témoignage de la cousine de la plaignante (M. Gahan soutient que le juge n'a pas tenu compte de cet élément de preuve du tout).

[50] S'appuyant sur des arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario, M. Gahan soutient qu'une mauvaise appréciation de la preuve survient lorsqu'un juge omet [TRADUCTION] « de tenir compte de la preuve pertinente quant à une question substantielle, [commet] une erreur quant à l'essence de la preuve, ou omet de donner effet comme il se doit à la preuve » : *R. c. Morrissey*, [1995] O.J. No. 639 (C.A.) (QL), au par. 83, et *R. c. George*, [2000] O.J. No. 1696 (C.A.) (QL). Dans ces deux affaires, la Cour a conclu que, lorsqu'on soutient qu'un verdict a été fondé sur une mauvaise appréciation de la preuve et qu'un verdict déraisonnable en résulte, [TRADUCTION]

« [I]a cour doit en premier lieu considérer la raisonnable du verdict » (par. 14 de *George*). Si celui-ci n'est pas déraisonnable, [TRADUCTION] « alors la cour doit déterminer si la mauvaise appréciation de la preuve a donné lieu à une erreur judiciaire grave » (par. 14 de *George*). Un verdict déraisonnable pourra donner lieu à un acquittement, mais une erreur judiciaire grave aura pour conséquence l'ordonnance d'un nouveau procès.

[51] Bien que ces décisions soutiennent les propositions susmentionnées, elles appuient également les principes suivants, articulés par le juge d'appel Doherty dans l'affaire *Morrissey*, et répétés par la Cour dans l'arrêt *George* :

[TRADUCTION]

Il ne faut pas analyser les motifs du juge du procès en les disséquant en petites parties et en examinant chaque partie isolément comme si elle décrivait ou était censée décrire un principe juridique appliqué par le juge. Les motifs d'un jugement doivent être lus dans leur ensemble [...] Les motifs du juge du procès 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. Les motifs de jugement sont énoncés après que le juge du procès est arrivé au terme de sa démarche et ils expliquent 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 interprétés comme tels [...] Les cours d'appel peuvent offrir cet encouragement en interprétant les motifs d'un jugement, non comme s'ils étaient censés être une dissertation sur le droit applicable ou un catalogue complet de la preuve, mais comme une tentative du juge du procès d'articuler les conclusions tirées et les fondements qui les sous-tendent. Les cours d'appel doivent résister à la tentation d'examiner à la loupe les motifs d'un jugement, de crainte que les juges de procès décident que le silence est effectivement d'or. [Par. 31 de *Morrissey*, par. 22 de *George*]

[52] Dans *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5, la juge Abella, au nom de la majorité, a adopté la mise en garde suivante, selon laquelle les juges d'appel ne

devraient pas « disséquer, décortiquer ni examiner à la loupe les motifs d'un juge de première instance » (par. 11). Cette directive de la juge Abella a été appliquée par la majorité dans *R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3.

[53] Avec égards, ce que M. Gahan nous demande de faire est exactement ce que la Cour suprême nous dit de ne pas faire. Ce moyen d'appel soulève, en grande partie, des questions de fait ou des questions mixtes de droit et de fait pour lesquelles une autorisation d'interjeter appel est exigée. Je n'accorderais pas cette autorisation puisque je ne suis pas convaincu que le juge du procès a mal interprété de manière importante des éléments de preuve cruciaux. Le juge était conscient de la thèse de la défense dans cette affaire, c'est-à-dire que la plaignante avait consenti à la relation sexuelle, avait immédiatement regretté celle-ci et avait peur que sa cousine apprenne ce qu'elle avait fait. Le juge a nettement rejeté la prétention voulant que la plaignante se soit comportée comme elle l'a fait à la suite de l'infraction parce qu'elle éprouvait des regrets et de la crainte. En ce qui a trait au comportement de M. Gahan après l'infraction, le juge l'a tout simplement considéré comme un facteur parmi tant d'autres dans son évaluation de la crédibilité. Pour ce qui est de la question du « flirt », le juge a considéré la description faite par certains témoins, mais il n'était certainement pas obligé d'arriver à cette même conclusion.

[54] En ce qui concerne ce que M. Gahan prétend être d'autres erreurs commises par le juge dans son appréciation de la preuve, ces dernières sont, à mon sens, négligeables. Que la cousine de la plaignante l'ait ou non avertie, en blaguant, de ne pas coucher avec ses amis est sans importance. La plaignante a témoigné qu'elle avait considéré ce commentaire comme une blague. Si cette preuve devait avoir quelque valeur probante, ce serait uniquement en ce qui avait trait à la perception de la plaignante concernant ce qui avait été dit, puisque cela n'était pertinent que pour la thèse de M. Gahan selon laquelle la plaignante avait consenti à la relation sexuelle, avait regretté d'avoir participé à celle-ci et craignait que sa cousine apprenne ce qui s'était passé.

[55] S'agissant des détails des événements ayant mené aux actes sexuels, ceux-ci tombent dans la même catégorie que l'erreur commise par le juge quant au témoignage

de M. Dawson. Malgré quelques erreurs mineures commises par le juge lorsqu'il a relaté la preuve, ou, autrement dit, même si certaines des conclusions de fait qu'il a tirées étaient manifestement erronées, ces erreurs n'ont eu aucune incidence sur la conclusion de fait ultime et ne sont donc pas des erreurs dominantes.

[56] Pour ce qui est de l'argument avancé par M. Gahan selon lequel le juge a commis une erreur en omettant de tenir compte du témoignage de certains témoins portant sur la période pendant laquelle la plaignante et M. Gahan étaient absents de la fête, je souligne que la Cour suprême a déjà conclu que le juge du procès, au moment de prononcer ses motifs, n'a pas besoin « d'expliquer en détail sa conclusion sur chaque élément de preuve ou fait controversé, dans la mesure où il est possible de discerner logiquement les conclusions qui relient la preuve au verdict. » : *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, au par. 20. Qui plus est, le juge n'est pas contraint à accepter la preuve de certains témoins en ce qui concerne des faits temporels.

[57] À mon avis, il s'agit d'un verdict qu'un juge des faits ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière judiciaire aurait raisonnablement pu avoir rendu. Pour ce qui est de la prétendue mauvaise appréciation de la preuve, même si on la considère sous l'angle qui favorise le plus M. Gahan, on ne pourrait dire qu'elle a donné lieu à une erreur judiciaire grave puisque aucune des erreurs, même si elles sont prises dans leur ensemble, n'était de nature dominante. Les conclusions quant à la crédibilité sont des questions de fait envers lesquelles je dois faire preuve d'une grande retenue, et je ne vois aucune erreur qui justifierait que j'accorde l'autorisation d'interjeter appel des conclusions de fait du juge, ou de ses décisions relatives aux questions mixtes de droit et de fait.

[58] En ce qui a trait à la question de la preuve qui corroborait, selon les conclusions du juge du procès, le témoignage de la plaignante, le procureur général soutient que celle-ci soulève une question de droit. Je traiterai donc de ce point séparément. M. Gahan prétend que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la cousine de la plaignante et leur amie avaient corroboré les événements qui

auraient eu lieu à la suite de l'incident sexuel. Il prétend qu'il s'agissait d'une erreur puisqu'il y avait des différences considérables entre la preuve des trois témoins, qu'il décrit ainsi :

[TRADUCTION]

Selon la plaignante, elle se serait accroupie à côté de sa cousine [la cousine] et lui aurait chuchoté : [TRADUCTION] « Il faut que je te parle ». [La cousine] n'a rien dit. Elle est par la suite allée dire, dans l'oreille gauche de [l'amie] : [TRADUCTION] « J'ai vraiment besoin de vous parler, pouvez-vous venir parler avec moi? » Elles se sont levées et sont allées au salon, et elle leur a raconté ce qui s'était passé et a pleuré beaucoup.

Selon [la cousine], la plaignante pleurait lorsqu'elle est réapparue, après 30 à 45 minutes. Son chemisier était à l'envers. Elle a dit : [TRADUCTION] « Il faut que je te parle ». Elle ne chuchotait pas, elle parlait tout simplement. [La cousine] a dit à deux reprises : [TRADUCTION] « Où étais-tu? ». Puis elle a ajouté : [TRADUCTION] « Je te cherchais. » Elle a aussi répondu [TRADUCTION] « non » à la demande de sa cousine [la plaignante] de lui parler. [La cousine] a aussi dit : [TRADUCTION] « Tu ne comprends pas la situation dans laquelle cela me met ». Elle a dit à la plaignante qu'elle était fâchée contre elle.

Selon [l'amie], la plaignante est montée à l'étage et nous a demandé si elle pouvait nous parler. [La cousine] a refusé et la plaignante est venue voir [l'amie] et elles sont allées au salon pour parler. La plaignante a dit qu'elle [TRADUCTION] « [pensait] qu'elle [venait] d'être violée ».

[59] M. Gahan soutient que le détail soulevé par la plaignante selon lequel elle aurait « chuchoté » à l'oreille de sa cousine et de son amie est contredit par ces deux dernières. Cela est peut-être le cas, mais il s'agit d'une conclusion de fait, et le juge avait le droit d'accepter la preuve de la plaignante sur cette question. Puisque sa conclusion est étayée par la preuve, on ne peut pas dire qu'elle est le résultat d'une erreur manifeste et dominante.

[60] Je suis d'accord avec le procureur général que la question de savoir si un élément de preuve constitue une corroboration est une question de droit : *R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57, [1990] A.C.S. n° 57 (QL), au par. 28. Je ne crois pas, cependant, que le procureur général ait compris l'essence de ce que M. Gahan argumente dans cette partie du quatrième moyen d'appel.

[61] Dans sa décision, le juge du procès affirme :

[TRADUCTION]

[La cousine] et [l'amie] corroborent aussi les événements qui seraient survenus après la prétendue agression sexuelle. Elles pleuraient toutes les trois lorsque [la plaignante] leur a raconté dans le salon ce qui s'était passé. [La cousine] a ajouté que [la plaignante] lui a même montré où l'agression sexuelle a eu lieu. [Leur amie] ne les a pas suivis.

[62] La seule erreur potentielle dans cette déclaration aurait trait aux faits, puisqu'il est loin d'être évident que les trois femmes pleuraient lorsque la plaignante leur a raconté ce qui s'était passé. Il est clair, selon le témoignage, que la plaignante pleurait et que les deux autres étaient « bouleversées ». Le terme « bouleversé » n'a jamais été défini. S'il y a en effet une erreur de fait, comme c'était le cas pour les autres, celle-ci ne serait certainement pas une erreur dominante.

[63] Je conclus que le juge du procès n'a aucunement commis d'erreur de droit. Le témoignage de la cousine de la plaignante et celui de leur amie corroborent le témoignage de la plaignante, selon lequel elle leur a demandé, immédiatement après l'incident, si elle pouvait leur parler, et leur a rapporté ce qui venait de se produire. C'est dans ce contexte que le juge du procès s'est servi du terme « corroborer » en résumant les témoignages dans la première partie de sa décision.

D. *Éléments de preuve tirés de Statistique Canada (moyen d'appel n° 5)*

[64] Au procès, M. Gahan a appelé comme témoin la D^{re} Bonita Lynn Boone, une médecin de famille qui était à l'Hôpital D^r-Everett-Chalmers durant les premières heures du 28 décembre 2010. M. Gahan a demandé que la D^{re} Boone soit reconnue comme témoin expert dans le domaine de la médecine familiale et qu'elle ait la permission de fournir son avis quant à l'utilisation de la trousse d'examen consécutif à une agression sexuelle, mais cette demande a été retirée à la suite d'une objection soulevée par la poursuivante. La D^{re} Boone a témoigné qu'elle a effectué un examen de la plaignante et n'a trouvé [TRADUCTION] « aucun signe de laceration ou d'ecchymoses ».

[65] Durant le contre-interrogatoire, la D^{re} Boone a déclaré que la plaignante était bouleversée et pleurait, bien qu'elle se soit finalement [TRADUCTION] « calmée ». La poursuivante a demandé à la témoin si elle [TRADUCTION] « souscrivait aux résultats de Statistique Canada selon lesquels 60 pour cent des victimes d'agressions sexuelles ne présentent aucune blessure? » Le juge a admis la question, malgré l'objection soulevée par M. Gahan, et la D^{re} Boone a répondu qu'elle [TRADUCTION] « accepterait cette donnée statistique ».

[66] Dans sa décision, le juge du procès s'est expressément référé à ce témoignage. Il a fait remarquer en particulier ce qui suit :

[TRADUCTION]

La D^{re} Boone a également témoigné qu'elle a suivi le protocole relatif à la trousse d'examen consécutif à une agression sexuelle lorsqu'elle a vu [la plaignante]. Elle a témoigné n'avoir trouvé aucune blessure. Or, elle a aussi affirmé qu'aucune blessure n'est trouvée dans 60 % des agressions sexuelles.

[67] M. Gahan prétend que cette donnée statistique était inadmissible puisqu'il s'agissait d'un ouï-dire et qu'elle n'aurait même pas dû être mentionnée par la D^{re} Boone parce que cette dernière n'avait pas été déclarée témoin expert.

[68] Le procureur général reconnaît que ce moyen d'appel soulève une question de droit seulement, en ce sens qu'il porte sur l'admissibilité de la preuve, et il reconnaît que la preuve n'aurait pas dû être admise. Il s'agit, à mon avis, d'une sage concession. Selon le contexte dans lequel cette preuve fut produite, celle-ci ne répondait pas aux critères d'admissibilité et elle aurait dû être rejetée. Qui plus est, le juge du procès a commis une erreur en s'appuyant sur cette preuve lorsqu'il a rendu sa décision.

[69] Cela dit, le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel* prévoit qu'une cour d'appel peut rejeter un appel dans le cas où, bien qu'elle estime que le juge du procès a commis une erreur de droit, elle est néanmoins d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire fondamentale ne s'est produit. À mon sens, cette disposition réparatrice doit être appliquée en l'espèce puisque l'erreur commise par le juge en admettant la preuve et en s'y reportant était sans conséquence.

[70] En premier lieu, le juge a uniquement fait référence à la donnée statistique dans le contexte de son analyse de l'essence du témoignage de la D^{re} Boone, et non au cours de son évaluation de la crédibilité de la plaignante. Par surcroît, il n'existait aucune preuve suggérant qu'il aurait fallu s'attendre à ce qu'il y ait des blessures visibles dans les circonstances en l'espèce, et le juge n'a aucunement déduit de la description de l'incident fournie par la plaignante que celle-ci était censée présenter des signes de blessure. Sans une telle preuve ou inférence, la conclusion de la D^{re} Boone selon laquelle il n'y avait aucun signe de lacération ou d'ecchymose n'avait réellement aucune valeur probante. Si une personne qualifiée à titre d'experte avait témoigné qu'il aurait fallu s'attendre à ce que l'agression sexuelle décrite par la plaignante laisse des signes de lacération ou d'ecchymoses, ou si le juge avait déduit selon la description de l'incident fournie par la plaignante que des blessures auraient dû être visibles et qu'il n'avait pas, par la suite, tenu compte de cette preuve à sa juste valeur sur le fondement de la preuve

de Statistique Canada qui était inadmissible, la disposition réparatrice ne serait alors pas applicable. Toutefois, en l'espèce, personne n'a témoigné qu'on aurait dû s'attendre à des signes de laceration ou d'ecchymoses, et le juge n'a tiré aucune inférence de la sorte à partir de la description de l'événement fournie par la plaignante. Par conséquent, l'absence de blessures visibles ne peut pas servir à contester la véracité du témoignage de la plaignante. Les erreurs commises en admettant la preuve contestée et en s'y reportant étaient par conséquent sans importance.

[71] Pour ces motifs, je conclus que le juge a commis une erreur en admettant le témoignage contesté et en s'y rapportant, mais je rejette néanmoins le moyen d'appel puisque l'erreur n'a entraîné aucun tort important et aucune erreur judiciaire grave.

E. *Les facteurs servant à apprécier la crédibilité (moyen d'appel 6 et partie du moyen d'appel n° 2)*

[72] M. Gahan soutient que le juge a tranché l'affaire sur le fondement de ce qu'une « personne raisonnable » aurait décidé et non selon la norme de preuve devant être appliquée pour prononcer un verdict de culpabilité dans une affaire pénale. Évidemment, si cela était le cas, l'appel devrait être accueilli. Il s'agit d'un principe élémentaire, mais fondamental, du droit criminel, selon lequel il ne peut y avoir condamnation sans que la poursuite ait établi hors de tout doute raisonnable tous les éléments essentiels de l'infraction, faute de quoi l'accusé doit être acquitté. Il en est ainsi, que le doute raisonnable soit soulevé par le fait de croire le témoignage disculpatoire de l'accusé, par ce témoignage proprement dit ou par les faits qui ont été établis.

[73] À l'appui de ce moyen d'appel, M. Gahan signale des déclarations faites par le juge en rendant sa décision et soutient que celles-ci démontrent que le juge a appliqué une norme objective, fondée sur une personne raisonnable hypothétique, au lieu de la norme applicable, soit celle de la preuve hors de tout doute raisonnable. M. Gahan fait ressortir trois phrases de la décision du juge :

[TRADUCTION]

Une personne raisonnable tirerait-elle comme conclusion, d'après ces observations – qu'est-ce qu'une personne raisonnable tirerait comme conclusion d'après ces observations?

[...]

Donc, lorsque je prends tout cela en considération, j'arrive à la conclusion qu'une personne raisonnable tirerait comme conclusion que [la plaignante] n'a pas – et je répète – n'a pas consenti à l'activité sexuelle à laquelle elle a participé avec Travis Gahan.

[...] M. Gahan, pour ces motifs, je peux rejeter la totalité de votre témoignage et j'accepte le témoignage de [la plaignante].

[74] À l'égard du présent moyen d'appel, le procureur général soutient que le juge a commis une erreur lorsqu'il a invoqué la norme de la personne raisonnable, mais que cette erreur a dans les faits été corrigée lorsqu'il a enchaîné immédiatement avec ce qui suit :

[TRADUCTION]

Conformément aux principes énoncés dans *Lifchus* et dans *Starr*, je conclus que le ministère public a établi sa preuve hors de tout doute raisonnable relativement à tous les éléments essentiels de l'infraction, par conséquent, je vous déclare coupable, M. Gahan, d'avoir commis l'infraction prévue à l'al. 271(1)a) du *Code criminel* du Canada.

Compte tenu de ces faits, le procureur général soutient que nous devrions appliquer la disposition réparatrice.

[75] Avec égards, je ne pense pas que le juge du procès ait énoncé une norme inapplicable pour l'évaluation d'une affaire au criminel. La présente affaire illustre la sagesse de la directive selon laquelle les motifs d'une décision doivent être lus dans leur ensemble, dans le contexte de la preuve, de l'argumentation et du procès. Comme je l'expliquerai plus loin, je conclus que l'emploi, par le juge, des mots « personne

raisonnable » n'avait pas trait à la norme de preuve sur laquelle la condamnation de M. Gahan a été fondée.

[76] En rendant sa décision, le juge a d'abord examiné les témoignages. Il a par la suite résumé les principes juridiques à la lumière desquels il statuerait sur l'affaire, en les relatant comme suit :

[TRADUCTION]

Comme c'est le cas dans la plupart des affaires de ce genre, la question sera tranchée conformément aux principes établis dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. W.(D.)* [1991] 1 R.C.S. 742, à savoir : (1) si je crois l'accusé, je dois acquitter; (2) si je ne sais pas si je dois croire l'accusé ou la plaignante, je dois acquitter; (3) si je ne rejette pas la preuve de l'accusé, je dois acquitter; (4) si je doute de l'accusé et que je suis convaincu hors de tout doute raisonnable que le ministère public a prouvé tous les éléments de l'infraction [je peux alors] inscrire un verdict de culpabilité. Voilà les principes par lesquels je suis lié dans ma réflexion lorsque je tranche la question de la crédibilité. Voilà les principes par lesquels je suis lié dans ma réflexion lorsque je tranche la question de la crédibilité.

La prochaine question à trancher est celle de savoir si la preuve est établie hors de tout doute raisonnable. Ce concept a été défini, encore une fois, par la Cour suprême du Canada, dans les arrêts *R. c. Lifchus*, [1997] 9 C.R. (5th) 1 et *R. c. Starr*, [2001] 36 C.R. (5th) 1. Qu'est-ce donc qu'une preuve hors de tout doute raisonnable? La norme de la preuve hors de tout doute raisonnable entre en jeu dans tous les procès en droit criminel et elle est liée à la présomption d'innocence. Il ne s'agit pas d'une preuve correspondant à la certitude absolue ni d'une preuve au-delà de n'importe quel doute; il ne peut s'agir non plus d'un doute imaginaire ou frivole. Il s'agit d'un doute fondé sur le bon sens et la raison, et non sur la sympathie ou sur un préjugé. Elle se rapproche davantage de la certitude absolue que de la preuve selon la prépondérance des probabilités, soit le principe énoncé dans l'arrêt *Starr*.

[77] Naturellement, personne n'a soulevé de question relativement à cette partie des motifs du juge.

[78] Le juge du procès a par la suite reconnu que la crédibilité serait un facteur déterminant de l'affaire, et il a énoncé les principes selon lesquels un tribunal devrait évaluer la crédibilité :

[TRADUCTION]

[...] un tribunal, lorsqu'il évalue la crédibilité, doit considérer toutes les circonstances relatives à l'acte comme tel. Je me demande donc pourquoi elle a serré les poings au moment où la relation sexuelle a eu lieu. Pourquoi aurait-elle eu des larmes aux yeux lorsque celle-ci fut terminée si elle y avait consenti? Pourquoi M. Gahan ne lui a-t-il pas posé de questions lorsqu'il a monté les escaliers et a vu [la plaignante], [la cousine] et [leur amie] pleurer dans le salon? On ne doit pas oublier que [la cousine] et [l'amie] étaient ses amies à lui. On pourrait penser qu'il se serait soucié de la raison pour laquelle elles étaient bouleversées. Selon lui, il ne voulait pas être mêlé au drame. Pourquoi [la plaignante] se serait-elle rhabillée si rapidement et aurait-elle mis son chemisier à l'envers si tout était consensuel? Une autre question : pourquoi Travis Gahan n'aurait-il pas essayé d'empêcher [la plaignante] de quitter la résidence lors d'une tempête de neige sans manteau lorsqu'il l'a vue sortir de la porte d'en avant? Pourquoi aurait-il mis fin à la fête si rapidement après l'incident sous prétexte qu'il devait travailler tôt le lendemain matin? Et n'oublions pas les paroles de [l'amie] selon lesquelles elle était surprise qu'ils n'étaient pas allés glisser, ce qui était la raison pour laquelle cette fête avait été organisée en premier lieu. Une personne raisonnable tirerait-elle comme conclusion, d'après ces observations – qu'est-ce qu'une personne raisonnable tirerait comme conclusion d'après ces observations?

[79] C'est dans ce contexte que le terme « personne raisonnable » a été employé la première fois, c'est-à-dire le contexte dans lequel le juge articulait la démarche qu'il suivrait pour évaluer la crédibilité. Le juge a par la suite ajouté qu'il considérait également le comportement de M. Gahan comme un facteur dans l'évaluation de sa crédibilité. Cette partie du jugement est celle à laquelle M. Gahan se réfère dans la seconde partie du deuxième moyen d'appel qu'il soulève, sur laquelle j'ai mentionné précédemment que je reviendrais. Le juge a déclaré avoir écouté le témoignage de

M. Gahan et que celui-ci lui semblait [TRADUCTION] « comme si quelqu'un lui avait donné un script et qu'il l'avait répété ». Toutefois, le juge du procès ne tire aucune conclusion relativement à la crédibilité sur le fondement du comportement seul. Il est clair et net que le juge a seulement considéré le comportement comme un facteur parmi tant d'autres, puisqu'il est immédiatement passé à l'examen de quelques-unes des questions dont il allait tenir compte dans son évaluation de la crédibilité, comme la raison pour laquelle des personnes étaient à ce point bouleversées si l'activité sexuelle avait été consensuelle, pourquoi M. Gahan n'avait pas posé de questions lorsqu'il avait remarqué que la plaignante, sa cousine et leur amie étaient bouleversées, et ainsi de suite. C'est alors que le juge déclare : [TRADUCTION] « lorsque je prends tout cela en considération, j'arrive à la conclusion qu'une personne raisonnable tirerait comme conclusion que [la plaignante] n'a pas – et je répète – n'a pas consenti à l'activité sexuelle », et qu'il a enchaîné avec sa conclusion : [TRADUCTION] « le ministère public a établi sa preuve hors de tout doute raisonnable relativement à tous les éléments essentiels de l'infraction ».

[80] Dans la formulation de ses arguments à l'appui de la seconde partie de son deuxième moyen d'appel, M. Gahan fait référence au passage souvent cité du juge d'appel O'Halloran, dans *Faryna c. Chorny*, [1951] B.C.J. No. 152 (C.A.) (QL), qui énonce les principes directeurs applicables quant aux évaluations de la crédibilité :

[TRADUCTION]

Si l'acceptation de la crédibilité d'un témoin par un juge de première instance dépendait uniquement de son opinion quant à l'apparence de sincérité de chaque personne qui se présente à la barre des témoins, on se retrouverait avec un résultat purement arbitraire, et l'administration de la justice dépendrait des talents d'acteur des témoins. Réflexion faite, il devient presque évident que l'apparence de sincérité n'est qu'un des éléments qui entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'apprécier la crédibilité d'un témoin. Les possibilités qu'avait le témoin d'être au courant des faits, sa capacité d'observation, son jugement, sa mémoire, son aptitude à décrire avec précision ce qu'il a vu et entendu contribuent, de concert avec d'autres facteurs, à créer ce qu'on appelle la crédibilité (voir l'arrêt *Raymond c.*

Bosanquet (1919), 50 D.L.R. 560, à la page 566, 59 R.C.S. 452, à la page 460, 17 O.W.N. 295). Par son attitude, un témoin peut créer une impression très défavorable quant à sa sincérité, alors que les circonstances permettent de conclure de façon indubitable qu'il dit la vérité. Je ne songe pas ici aux cas somme toute assez peu fréquents où l'on surprend le témoin en train de dire un mensonge maladroit.

La crédibilité des témoins intéressés ne peut être évaluée, surtout en cas de contradiction des dépositions, en fonction du seul critère consistant à se demander si le comportement du témoin permet de penser qu'il dit la vérité. Le critère applicable consiste plutôt à examiner si son récit est compatible avec les probabilités qui caractérisent les faits de l'espèce. Disons, pour résumer, que le véritable critère de la véracité de ce que raconte un témoin dans une affaire déterminée doit être la compatibilité de ses dires avec la prépondérance des probabilités qu'une personne éclairée et douée de sens pratique peut d'emblée reconnaître comme raisonnable dans telle situation et telles circonstances. Ce n'est qu'ainsi que le tribunal peut évaluer de façon satisfaisante la déposition des témoins expérimentés, confiants et vifs d'esprit tout autant que le témoignage des personnes habiles qui manient avec facilité les demi-vérités et qui ont acquis une solide expérience dans l'art de combiner les exagérations habiles avec la suppression partielle de la vérité. Là encore, une personne peut témoigner de ce qu'elle croit sincèrement être la vérité tout en étant honnêtement dans l'erreur. Le juge du fond qui dit : [TRADUCTION] « Je crois cette personne parce que j'estime qu'elle dit la vérité » tire en fait une conclusion après avoir examiné seulement la moitié du problème. Le juge qui agit ainsi s'expose en réalité à faire fausse route.

Le juge du fond doit aller plus loin et se demander si les dires du témoin qu'il croit sont compatibles avec la prépondérance des probabilités dans l'affaire en cause et, pour que son avis puisse imposer le respect, le juge doit également motiver sa conclusion. La loi n'attribue pas au juge du fond la capacité de sonder comme par magie les cœurs et les reins des témoins. De plus, la cour d'appel doit être convaincue que les conclusions que le juge de première instance a tirées au sujet de la crédibilité ne reposent pas sur un seul élément à l'exclusion de tout autre, mais qu'elles sont fondées sur tous les éléments qui permettent

de vérifier la crédibilité dans un cas donné. [Par. 10 à 12]

[81] Ces principes ont reçu l'aval de nombreux tribunaux au Canada (ceux-ci sont trop nombreux pour les énumérer ici), bien qu'il semble que cette cause n'a été citée qu'une seule fois par notre Cour : *Smith c. Agnew et Wawanesa Mutual Insurance Company*, 2005 NBCA 36, 282 R.N.-B (2^e) 95. Je soupçonne que cela est attribuable au fait que la logique des paroles du juge d'appel O'Halloran n'a tout simplement pas été contestée en appel, bien qu'elle ait souvent été appliquée en première instance, comme en font foi l'énorme quantité de décisions publiées émanant des tribunaux de première instance. Quoi qu'il en soit, je suis d'accord avec le juge O'Halloran pour dire que l'évaluation de la crédibilité est fonction de la valeur accordée à de nombreux facteurs, les plus importants étant les possibilités qu'avait le témoin d'être au courant des faits, sa capacité d'observation, son jugement, sa mémoire, son aptitude à décrire avec précision ce qu'il a vu et entendu et, en particulier, la compatibilité de son témoignage avec [TRADUCTION] « la prépondérance des probabilités qu'une personne éclairée et douée de sens pratique peut d'emblée reconnaître comme raisonnable dans telle situation et telles circonstances ». Le comportement, soit l'apparence de sincérité, [TRADUCTION] « n'est qu'un des éléments qui entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'apprécier la crédibilité d'un témoin » (par. 10).

[82] À mon humble avis, la méthode énoncée dans *Faryna c. Chorny* est la même que celle adoptée par le juge du procès pour déterminer la crédibilité en l'espèce. Oui, le juge a effectivement tenu compte du comportement de M. Gahan. Toutefois, il avait précédemment indiqué que même si le témoignage semblait tiré d'un script, celui-ci n'était pas forcément faux. Qui plus est, le juge du procès n'a pas fondé ses conclusions en matière de crédibilité sur le comportement seul, si tant est qu'il l'ait fait. Le juge a tenu compte d'autres facteurs pertinents pour l'évaluation de la crédibilité, et a notamment examiné si les témoignages respectifs de la plaignante et de M. Gahan concordaient avec les probabilités qui caractérisent les circonstances existantes. De toute évidence, la plaignante et M. Gahan ont les deux eu des possibilités semblables d'être au courant des faits, et des raisons semblables de se souvenir des événements survenus lors

de cette nuit fatidique, quoique le juge n'ait pas eu tort de remarquer que M. Gahan avait consommé beaucoup plus d'alcool que la plaignante ce soir-là. À mon sens, selon les motifs de la décision pris dans leur ensemble, il est tout à fait clair que lorsque le juge a demandé [TRADUCTION] « qu'est-ce qu'une personne raisonnable tirerait comme conclusion », il indiquait simplement qu'il filtrait attentivement les témoignages respectifs de M. Gahan et de la plaignante afin de voir comment chacun s'harmonisait avec la prépondérance des probabilités qu'une personne éclairée et douée de sens pratique – c'est-à-dire une personne raisonnable – pourrait d'emblée reconnaître comme probable dans une telle situation et de telles circonstances. Le juge a conclu qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'une jeune femme qui vient d'avoir une relation sexuelle consensuelle avec une personne qu'elle aime bien se mette immédiatement à pleurer à la suite de celle-ci, se rhabille rapidement en mettant son chemisier à l'envers, informe immédiatement d'autres personnes qu'elle vient d'être violée, puis quitte une fête à pied, sans manteau, dans une tempête de neige. Cela dit, le juge a aussi conclu qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'un jeune homme qui a eu une relation sexuelle consensuelle avec une personne qu'il aime bien soit aussi nonchalant lorsqu'il remarque que celle-ci est visiblement bouleversée, n'essaie pas de l'empêcher de partir dans une tempête de neige, et ne s'informe pas plus tard de son bien-être.

[83] Bien que je reconnaisse que le juge aurait pu énoncer avec plus de précision le critère à appliquer pour évaluer la crédibilité, il est tout à fait clair pour moi qu'il a fait référence à la personne raisonnable en lien avec ce critère et non avec la norme de preuve ultime sur laquelle le verdict a été fondé. Cette distinction est critique puisque si la référence avait été faite en lien avec la norme de preuve ultime, il faudrait un nouveau procès, tandis que si elle a été faite en lien avec le critère, il s'agit tout simplement de l'une de ces situations inoffensives où un juge s'est mal exprimé, tout en appliquant les bons principes. Un tribunal d'appel n'est pas habilité à intervenir dans une telle situation : *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, au par. 26.

[84] Il est vrai que le juge aurait pu mieux s'exprimer lorsqu'il a mentionné la « personne raisonnable », mais il ne faisait nul autre qu'appliquer, à mon avis, la méthode d'évaluation de la crédibilité énoncée dans *Faryna c. Chorny*, et je ne constate aucune erreur de droit dans cette méthode. Le juge a dit clairement que son évaluation de la crédibilité était assujettie à la norme de preuve applicable dans un procès au criminel, soit la preuve hors de tout doute raisonnable. Je suis donc d'avis que le sixième moyen d'appel n'est pas fondé.

[85] Selon le juge O'Halloran dans *Faryna c. Chorny*, [TRADUCTION] « la cour d'appel doit être convaincue que les conclusions que le juge de première instance a tirées au sujet de la crédibilité ne reposent pas sur un seul élément à l'exclusion de tout autre, mais qu'elles sont fondées sur tous les éléments qui permettent de vérifier la crédibilité dans un cas donné » (par. 12). En l'espèce, l'interprétation du juge du procès quant au comportement de M. Gahan était seulement un des éléments considérés, et celui-ci n'était certainement pas à l'exclusion de tout autre. Par conséquent, je conclus donc aussi que la seconde partie du deuxième moyen d'appel de M. Gahan n'est pas fondée.

IV. Dispositif

[86] Pour ces motifs, je suis d'avis de refuser l'autorisation d'interjeter appel sur les questions de fait ou les questions mixtes de fait et de droit que soulèvent les moyens d'appel, et par ailleurs je rejetterais l'appel.