

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**R.V.** *Respondent*

and

**Attorney General of Alberta and  
Criminal Lawyers' Association of Ontario**  
*Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. R.V.**

**2021 SCC 10**

File No.: 38854.

2020: November 13; 2021: March 12.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and Kasirer  
JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Inconsistent verdicts — Charge to jury — Accused convicted by jury of sexual interference and invitation to sexual touching while acquitted of sexual assault — All three offences arising from same conduct involving one complainant — Appeal by accused against verdicts of guilt and cross-appeal by Crown against verdict of acquittal — Whether legal error in jury instructions can reconcile apparently inconsistent verdicts — Appropriate remedy — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4), (8).*

V was charged with historical sexual offences against a single complainant and tried before a judge and jury. The jury convicted him of sexual interference and invitation to sexual touching. The same jury acquitted him of sexual assault based on the same evidence. V appealed his convictions, asserting that they were inconsistent with his sexual assault acquittal and therefore unreasonable. The Crown cross-appealed V's acquittal, maintaining that the charge to the jury was so unnecessarily confusing that it amounted to an error in law and that the apparent inconsistency in the verdicts could be explained by the

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**R.V.** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Alberta et  
Criminal Lawyers' Association of Ontario**  
*Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. R.V.**

**2021 CSC 10**

N° du greffe : 38854.

2020 : 13 novembre; 2021 : 12 mars.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et  
Kasirer.

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

*Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Verdicts incompatibles — Exposé au jury — Accusé déclaré coupable par un jury de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels mais acquitté de l'infraction d'agression sexuelle — Mêmes actes commis sur une plaignante à l'origine des trois infractions — Appel formé par l'accusé contre les verdicts de culpabilité et appel incident interjeté par la Couronne contre le verdict d'acquiescement — L'erreur de droit dans les directives au jury permet-elle de concilier des verdicts apparemment incompatibles? — Réparation convenable — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(4), (8).*

V a été accusé d'avoir commis des infractions d'ordre sexuel historiques à l'égard d'une seule plaignante, et il a subi son procès devant juge et jury. Le jury l'a déclaré coupable de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels. Le même jury l'a acquitté de l'infraction d'agression sexuelle en se fondant sur les mêmes éléments de preuve. V a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité, alléguant qu'elles étaient incompatibles avec son acquiescement quant à l'accusation d'agression sexuelle et qu'elles étaient donc déraisonnables. La Couronne a formé un appel incident contre l'acquiescement de V en affirmant

erroneous jury instructions, such that the guilty verdicts could not be considered unreasonable.

A majority of the Court of Appeal held that there was no legal error in the jury instructions and that the convictions for sexual interference and invitation to sexual touching were unreasonable, as they were inconsistent with the acquittal on the sexual assault charge. The majority quashed V's convictions and substituted verdicts of acquittal, and upheld the acquittal on the sexual assault charge. The minority found legal error in the jury instructions and would have ordered a new trial on all three charges.

*Held* (Brown and Kasirer JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed.

*Per* Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe and Martin JJ.: The trial judge misdirected the jury on the charge of sexual assault. This legal error was material to the acquittal, did not impact on the convictions, and reconciles the apparent inconsistency in the verdicts. As the verdicts are not actually inconsistent, the convictions are not unreasonable on the basis of inconsistency. V's convictions should therefore be restored. The acquittal on the charge of sexual assault should be set aside and in the circumstances of this case, a stay of proceedings should be entered on that charge.

In an appeal alleging inconsistent verdicts rendered by a jury, the ultimate inquiry for appellate courts is whether the verdicts are actually inconsistent and therefore unreasonable. The Crown can seek to reconcile apparently inconsistent verdicts on the basis that they were the result of a legal error in the jury instructions. Where the Crown attempts to reconcile apparently inconsistent verdicts on the basis of a legal error, it must satisfy the appellate court to a high degree of certainty that there was a legal error in the jury instructions and that the error: (1) had a material bearing on the acquittal; (2) was immaterial to the conviction; and (3) reconciles the inconsistency by showing that the jury did not find the accused both guilty and not guilty of the same conduct. If these elements are satisfied, the verdicts are not actually inconsistent. In assessing whether

que l'exposé au jury prêtait inutilement à confusion à un point tel qu'il constituait une erreur de droit, et que l'incompatibilité apparente des verdicts pouvait s'expliquer par les directives erronées données au jury, de sorte que les verdicts de culpabilité ne pouvaient pas être jugés déraisonnables.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu qu'il n'y avait aucune erreur de droit dans les directives données au jury et que les verdicts de culpabilité pour contacts sexuels et incitation à des contacts sexuels étaient déraisonnables, car ils étaient incompatibles avec l'acquiescement quant à l'accusation d'agression sexuelle. Les juges majoritaires ont annulé les déclarations de culpabilité de V et y ont substitué des verdicts d'acquiescement. Ils ont aussi confirmé l'acquiescement relatif à l'accusation d'agression sexuelle. Les juges minoritaires ont constaté la présence d'une erreur de droit dans les directives au jury, et ils auraient ordonné la tenue d'un nouveau procès à l'égard des trois accusations.

*Arrêt* (les juges Brown et Kasirer sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe et Martin : La juge du procès a donné au jury des directives erronées sur l'accusation d'agression sexuelle. Cette erreur de droit a eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement, n'a eu aucune incidence sur les déclarations de culpabilité, et permet de concilier les verdicts apparemment incompatibles. Comme les verdicts ne sont pas réellement incompatibles, les déclarations de culpabilité ne sont pas déraisonnables pour cause d'incompatibilité. Il y a donc lieu de rétablir les déclarations de culpabilité de V. Il convient d'écarter l'acquiescement relativement à l'accusation d'agression sexuelle et, eu égard aux circonstances de l'espèce, l'arrêt des procédures doit être ordonné quant à cette accusation.

Dans un appel où une partie allègue qu'un jury a rendu des verdicts incompatibles, la cour d'appel doit déterminer ultimement si les verdicts sont réellement incompatibles et donc déraisonnables. La Couronne peut chercher à concilier des verdicts apparemment incompatibles au motif qu'ils découlent d'une erreur de droit dans les directives données au jury. Lorsque la Couronne tente de concilier des verdicts apparemment incompatibles au motif qu'une erreur de droit a été commise, elle doit convaincre la cour d'appel avec une certitude élevée que les directives au jury comportent une erreur de droit et que cette erreur : (1) a eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement; (2) n'a pas eu d'incidence sur la déclaration de culpabilité; et (3) concilie les verdicts incompatibles en démontrant que le jury n'a pas déclaré l'accusé à la fois coupable et

the Crown has satisfied its burden, the appellate court must not engage in improper speculation about what the jury did and did not do. It must be able to retrace the reasoning of the jury with a sufficiently high degree of certainty to exclude all other reasonable explanations for how the jury rendered its verdicts.

If the appellate court cannot conclude with a high degree of certainty that the legal error did not taint the conviction, setting aside the acquittal will require a retrial on all charges. When the court can isolate the legal error to the acquittal, that charge should be the only one sent back for a new trial and the conviction should stand.

In some circumstances, the appropriate remedy may be to enter a stay of proceedings on the charge for which the accused was acquitted in application of a court of appeal's residual power under s. 686(8) of the *Criminal Code*. For an appellate court to issue a stay of proceedings under s. 686(8), three requirements must be met: first, the court must have exercised one of the triggering powers conferred under s. 686(2), (4), (6) or (7); second, the order issued must be ancillary to the triggering power; and third, the order must be one that justice requires.

In this case, the trial judge misdirected the jury on the charge of sexual assault by leaving the jury with the mistaken impression that the element of "force" required for sexual assault was different than the element of "touching" required for sexual interference and invitation to sexual touching. This legal error led the jury to return a verdict of acquittal on the sexual assault charge. It did not affect the convictions and the trial judge's instructions on sexual interference and invitation to sexual touching were legally correct. Further, the legal error reconciles the apparent inconsistency by explaining how the jury could have rendered its verdicts without finding V both guilty and not guilty of the same conduct. The jury found V guilty of sexual touching, hence the convictions, and not guilty of applying force beyond touching to the complainant in circumstances of a sexual nature, hence the acquittal. Those two findings are not inconsistent and V's convictions should be restored. As for the acquittal on the sexual assault charge, it must be set aside. The circumstances of

non coupable des mêmes actes. Si ces éléments ont été établis, les verdicts ne sont pas réellement incompatibles. Pour déterminer si la Couronne s'est acquittée de son fardeau, la cour d'appel ne doit pas se livrer à des conjectures inappropriées au sujet de ce que le jury a fait et n'a pas fait. La cour d'appel doit pouvoir reconstituer le raisonnement du jury avec une certitude suffisamment élevée pour exclure toutes les autres explications raisonnables quant à la manière dont le jury a rendu ses verdicts.

Si la cour d'appel ne peut conclure avec une certitude élevée que l'erreur de droit n'a pas vicié la déclaration de culpabilité, la tenue d'un nouveau procès à l'égard de toutes les accusations sera nécessaire si l'acquittal est écarté. Dans les cas où la cour d'appel peut restreindre l'erreur de droit à l'acquittal, seule l'accusation dont l'accusé a été acquitté devrait faire l'objet d'un nouveau procès et la déclaration de culpabilité devrait être maintenue.

Dans certaines situations, la réparation convenable pourrait consister à ordonner l'arrêt des procédures relativement à l'accusation dont l'accusé a été acquitté dans l'exercice du pouvoir résiduel dont est investie une cour d'appel par le par. 686(8) du *Code criminel*. Pour qu'une cour d'appel ordonne l'arrêt des procédures en vertu du par. 686(8), trois conditions doivent être réunies : premièrement, la cour doit avoir exercé un des pouvoirs conférés par le par. 686(2), (4), (6) ou (7); deuxièmement, l'ordonnance rendue doit être accessoire à l'exercice de ce pouvoir; et troisièmement, l'ordonnance doit en être une que la justice exige.

En l'espèce, le juge du procès a induit le jury en erreur en ce qui concerne l'accusation d'agression sexuelle en lui donnant la fausse impression que l'élément de « force » requis pour établir l'agression sexuelle était différent de l'élément de « toucher » requis pour établir les contacts sexuels et l'incitation à des contacts sexuels. Cette erreur de droit a amené le jury à rendre un verdict d'acquittal à l'égard de l'accusation d'agression sexuelle. Elle n'a eu aucune incidence sur les déclarations de culpabilité, et les directives de la juge du procès quant aux accusations de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels étaient fondées en droit. De plus, l'erreur de droit permet de concilier les verdicts apparemment incompatibles en expliquant de quelle manière le jury aurait pu rendre ses verdicts sans déclarer V à la fois coupable et non coupable des mêmes actes. Le jury a déclaré V coupable d'avoir touché la plaignante sexuellement, d'où les déclarations de culpabilité, et non coupable d'avoir employé une force allant au-delà du toucher à l'endroit de la plaignante dans

this case justify the Court entering a stay of proceeding on that charge rather than ordering a retrial.

*Per* Brown and Kasirer JJ. (dissenting in part): There is agreement with the majority that the verdicts in this case are inconsistent. There is also agreement that the jury was misdirected, and that the misdirection amounted to legal error that might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal. However, the only available remedy in response to the Crown appeal in the present case is the order of a new trial. To avoid putting V in jeopardy for something for which he was convicted, a new trial on all three charges is necessary.

In specifying, in s. 686(4)(b)(i) of the *Criminal Code*, a new trial as the sole remedy where the Crown successfully appeals from a verdict of acquittal by a jury, Parliament did not care about the degrees of certainty at the reviewing court; rather, what Parliament thought significant is that the absence of reasons for judgment by a jury means a reviewing court can never be certain what was in the minds of the jury. Retracing a jury's reasoning, irrespective of the reviewing court's degree of certainty, is a type of review that: (1) Parliament has precluded; (2) the Court has never sanctioned; and (3) is, as a practical matter, impossible.

The majority's finding in the present case that the legal error reconciles the apparent inconsistency is manifestly at odds with the reasoning of the Court in *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215, which could not be any clearer: the existence of a legal error does not reconcile inconsistent verdicts. The majority's framework is an invitation to routine speculation into the reasoning process of the jury. It will invite confirmation bias, and does not discourage the Crown from over-charging or drafting confusing indictments; if anything, it does the opposite, by eliminating any consequences.

Appellate courts operate within certain statutory constraints when deciding a Crown appeal from an acquittal

des circonstances de nature sexuelle, d'où l'acquittement. Ces deux conclusions ne sont pas incompatibles, et il y a lieu de rétablir les déclarations de culpabilité de V. En ce qui concerne l'acquittement relatif à l'accusation d'agression sexuelle, il doit être écarté. Eu égard aux circonstances de l'espèce, il est justifié pour la Cour d'ordonner l'arrêt des procédures plutôt que la tenue d'un nouveau procès à l'égard de cette accusation.

*Les juges* Brown et Kasirer (dissidents en partie) : Il y a accord avec les juges majoritaires sur l'incompatibilité des verdicts en l'espèce. Il y a également accord avec eux pour dire que le jury a reçu des directives erronées, et que celles-ci équivalaient à une erreur de droit dont il serait raisonnable de penser qu'elle a eu une incidence significative sur l'acquittement. Cependant, la seule réparation possible en réponse à l'appel du ministère public en l'espèce est l'ordonnance de la tenue d'un nouveau procès. Pour éviter de placer V en péril pour quelque chose dont il a été déclaré coupable, la tenue d'un nouveau procès quant aux trois accusations doit être ordonnée.

En précisant, au sous-al. 686(4)(b)(i) du *Code criminel*, que la tenue d'un nouveau procès est la seule réparation possible lorsque le ministère public a gain de cause en appel d'un verdict d'acquittement par un jury, le Parlement n'accordait aucune importance aux degrés de certitude du tribunal de révision; ce que le Parlement croyait important est plutôt que l'absence de motifs de jugement par un jury signifie qu'un tribunal de révision ne peut jamais être certain de ce qu'avaient à l'esprit les jurés. La reconstitution du raisonnement d'un jury, indépendamment du degré de certitude du tribunal de révision, est un type de contrôle (1) que le Parlement a exclu, (2) que la Cour n'a jamais sanctionné et (3) qui est, en pratique, impossible.

La conclusion tirée par les juges majoritaires en l'espèce selon laquelle l'erreur de droit permet de concilier les verdicts apparemment incompatibles va manifestement à l'encontre du raisonnement adopté par la Cour dans l'arrêt *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215, laquelle ne peut être plus claire : l'existence d'une erreur de droit ne permet pas de concilier des verdicts incompatibles. Le cadre proposé par les juges majoritaires est une invitation à se livrer couramment à des conjectures quant au processus de raisonnement du jury. Il incitera au biais de confirmation, et il ne dissuade pas le ministère public d'avoir recours à la multiplicité des accusations ou de rédiger des actes d'accusation portant à confusion; en réalité, il fait l'inverse, en éliminant toute conséquence.

Les cours d'appel sont assujetties à certaines contraintes légales lorsqu'elles tranchent un appel formé par le

by a jury and, following s. 686(4) of the *Criminal Code*, may either dismiss the appeal, or allow the appeal, set aside the verdict, and order a new trial. While s. 686(8) empowers an appellate court to make an additional order under s. 686(4), the majority is making an alternative order by entering a stay of proceedings. Issuing an order that is tantamount to a finding of not guilty is totally inconsistent with the majority's underlying judgment that affirms V's guilt of the very same criminal conduct. The majority's difficulty in ordering a new trial on the sexual assault charge is that they also wish to restore V's convictions, which are plainly inconsistent with the acquittal. Avoiding this difficulty is precisely why the appropriate disposition in these circumstances is a new trial on all charges.

### Cases Cited

By Moldaver J.

**Considered:** *R. v. Pittiman*, 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381; *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215; **referred to:** *R. v. S.L.*, 2013 ONCA 176, 303 O.A.C. 103; *R. v. K.D.M.*, 2017 ONCA 510; *R. v. Tyler*, 2015 ONCA 599; *R. v. Tremblay*, 2016 ABCA 30, 612 A.R. 147; *R. v. L.B.C.*, 2019 ABCA 505, 383 C.C.C. (3d) 331; *R. v. J.D.C.*, 2018 NSCA 5; *R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Illes*, 2008 SCC 57, [2008] 3 S.C.R. 134; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Hay*, 2013 SCC 61, [2013] 3 S.C.R. 694; *R. v. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Barton*, 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1, aff'd 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3; *R. v. Rodgerson*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621, aff'd [1994] 3 S.C.R. 516; *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *Terlecki v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 483; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509; *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385; *R. v.*

ministère public contre un acquittement par un jury et, à la suite du par. 686(4) du *Code criminel*, elles peuvent soit rejeter l'appel, soit accueillir l'appel, annuler le verdict et ordonner la tenue d'un nouveau procès. Bien que le par. 686(8) habilite une cour d'appel à rendre une ordonnance supplémentaire en vertu du par. 686(4), les juges majoritaires rendent une autre ordonnance en inscrivant un arrêt des procédures. Le prononcé d'une ordonnance qui équivaut à un verdict de non-culpabilité est tout à fait incompatible avec le jugement sous-jacent de la majorité qui confirme la culpabilité de V pour exactement le même comportement criminel. La difficulté qu'ont les juges majoritaires à ordonner la tenue d'un nouveau procès quant à l'accusation d'agression sexuelle est qu'ils souhaitent également rétablir les déclarations de culpabilité de V, qui sont manifestement incompatibles avec l'acquittement. C'est justement pour éviter cette difficulté que le dispositif approprié dans une telle situation est la tenue d'un nouveau procès relativement à toutes les accusations.

### Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

**Arrêts examinés :** *R. c. Pittiman*, 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381; *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215; **arrêts mentionnés :** *R. c. S.L.*, 2013 ONCA 176, 303 O.A.C. 103; *R. c. K.D.M.*, 2017 ONCA 510; *R. c. Tyler*, 2015 ONCA 599; *R. c. Tremblay*, 2016 ABCA 30, 612 A.R. 147; *R. c. L.B.C.*, 2019 ABCA 505, 383 C.C.C. (3d) 331; *R. c. J.D.C.*, 2018 NSCA 5; *R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Illes*, 2008 CSC 57, [2008] 3 R.C.S. 134; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Hay*, 2013 CSC 61, [2013] 3 R.C.S. 694; *R. c. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Barton*, 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1, conf. par 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3; *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621, conf. par [1994] 3 R.C.S. 516; *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *Terlecki c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 483; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509; *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385; *R. c. Jewitt*,

*Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *R. v. Puskas*, [1998] 1 S.C.R. 1207; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.

By Brown J. (dissenting in part)

*R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215; *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Pittiman*, 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381; *R. v. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437; *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535; *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272; *R. v. Rodgeron*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(h).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 151, 152, 265(1), (2), 271, 649, 675, 676, 686, 695(1).

### Authors Cited

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2015.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Strathy C.J.O. and Rouleau, Pardu, Miller and Trotter JJ.A.), 2019 ONCA 664, 147 O.R. (3d) 657, 379 C.C.C. (3d) 219, [2019] O.J. No. 4355 (QL), 2019 CarswellOnt 13561 (WL Can.), quashing the convictions on the charges of sexual interference and invitation to sexual touching and entering verdicts of acquittal, and upholding the acquittal on the charge of sexual assault. Appeal allowed, Brown and Kasirer JJ. dissenting in part.

*Christopher Webb* and *Hatim Kheir*, for the appellant.

*Philip Campbell* and *Neill Fitzmaurice*, for the respondent.

*Joanne Dartana, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Michael Dineen*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

[1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *R. c. Puskas*, [1998] 1 R.C.S. 1207; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

Citée par le juge Brown (dissident en partie)

*R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215; *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Pittiman*, 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381; *R. c. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437; *R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535; *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272; *R. c. Rodgeron*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11(h).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 151, 152, 265(1), (2), 271, 649, 675, 676, 686, 695(1).

### Doctrine et autres documents cités

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2015.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Strathy et les juges Rouleau, Pardu, Miller et Trotter), 2019 ONCA 664, 147 O.R. (3d) 657, 379 C.C.C. (3d) 219, [2019] O.J. No. 4355 (QL), 2019 CarswellOnt 13561 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour contacts sexuels et incitation à des contacts sexuels et inscrit des verdicts d'acquiescement, et confirmé l'acquiescement quant à l'accusation d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli, les juges Brown et Kasirer sont dissidents en partie.

*Christopher Webb* et *Hatim Kheir*, pour l'appelant.

*Philip Campbell* et *Neill Fitzmaurice*, pour l'intimé.

*Joanne Dartana, c.r.*, pour l'intervenant le Procureur général de l'Alberta.

*Michael Dineen*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe and Martin JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

### I. Overview

[1] A jury renders inconsistent verdicts when it finds an accused both guilty and not guilty of the same conduct. The respondent, R.V., alleges that happened here. R.V. was charged with historical sexual offences against a single complainant. He was tried before a judge and jury. The jury convicted him of sexual interference under s. 151 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and invitation to sexual touching under s. 152. The same jury acquitted him of sexual assault under s. 271 based on the same evidence.

[2] R.V. appealed his convictions to the Court of Appeal for Ontario, asserting that they were inconsistent with his sexual assault acquittal and therefore unreasonable. The Crown cross-appealed R.V.'s acquittal, maintaining that the charge to the jury was so unnecessarily confusing that it amounted to an error in law. The Crown argued that despite what it characterized as conflicting authorities from both the Supreme Court of Canada and the Court of Appeal for Ontario concerning the impact of erroneous jury instructions on the inconsistent verdicts inquiry, the apparent inconsistency in the verdicts rendered by the jury in the present case could be explained by the erroneous jury instructions, such that the guilty verdicts could not be considered unreasonable.

[3] Writing for the majority, Strathy C.J.O. disagreed with the Crown that there are conflicting Supreme Court of Canada authorities on inconsistent verdicts. The majority agreed, however, that it was necessary to clarify the Court of Appeal's own jurisprudence on the role of jury instructions

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe et Martin rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

### I. Aperçu

[1] Un jury rend des verdicts incompatibles lorsqu'il déclare l'accusé à la fois coupable et non coupable des mêmes actes. Selon l'intimé, R.V., c'est ce qui s'est produit en l'espèce. R.V. a été accusé d'avoir commis des infractions d'ordre sexuel dites « historiques » à l'égard d'une seule plaignante. Il a subi son procès devant juge et jury. Le jury l'a déclaré coupable de contacts sexuels, une infraction à l'art. 151 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et coupable d'incitation à des contacts sexuels, une infraction à l'art. 152. Le même jury l'a acquitté de l'infraction d'agression sexuelle prévue à l'art. 271 en se fondant sur les mêmes éléments de preuve.

[2] R.V. a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario, alléguant qu'elles étaient incompatibles avec son acquittement quant à l'accusation d'agression sexuelle et qu'elles étaient donc déraisonnables. La Couronne a formé un appel incident contre l'acquittement de R.V. en affirmant que l'exposé au jury prêtait inutilement à confusion à un point tel qu'il constituait une erreur de droit. La Couronne a fait valoir que, même si la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel de l'Ontario ont rendu des décisions qu'elle a qualifiées de contradictoires en ce qui concerne l'incidence de directives erronées données au jury sur l'examen de la question de savoir si des verdicts sont incompatibles, l'incompatibilité apparente des verdicts rendus par le jury en l'espèce s'expliquait par les directives erronées qui lui ont été données, de sorte que les verdicts de culpabilité ne pouvaient pas être jugés déraisonnables.

[3] S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge en chef Strathy n'a pas souscrit à l'opinion de la Couronne selon laquelle la Cour suprême du Canada a rendu des jugements contradictoires sur les verdicts incompatibles. Les juges majoritaires ont toutefois convenu qu'il était nécessaire de clarifier la

in inconsistent verdict cases. In so doing, the majority overturned its prior decisions in *R. v. S.L.*, 2013 ONCA 176, 303 O.A.C. 103; *R. v. K.D.M.*, 2017 ONCA 510; and *R. v. Tyler*, 2015 ONCA 599 — and, by implication, disagreed with the approach taken in other provinces (see, e.g., *R. v. Tremblay*, 2016 ABCA 30, 612 A.R. 147; *R. v. L.B.C.*, 2019 ABCA 505, 383 C.C.C. (3d) 331; *R. v. J.D.C.*, 2018 NSCA 5). In the result, the majority held that there was no legal error in the jury instructions and that the convictions for sexual interference and invitation to sexual touching were unreasonable, as they were inconsistent with R.V.'s acquittal on the sexual assault charge. The majority quashed R.V.'s convictions and substituted verdicts of acquittal. Justice Rouleau dissented on whether the jury instructions amounted to an error of law and on the appropriate remedy. The Crown now appeals to this Court. It asks that R.V.'s convictions be restored and that his acquittal be set aside.

[4] This case provides us with an opportunity to clarify the approach to be followed when verdicts are alleged to be inconsistent. While the basic principles underlying inconsistent verdicts have been established by this Court, we have yet to explicitly consider the impact of legally erroneous jury instructions on the inconsistent verdicts inquiry. In doing so here, I seek to achieve a just balance between judicial integrity and fairness to the accused, while respecting the role of juries in our justice system.

[5] As I will explain, the Crown can seek to reconcile apparently inconsistent verdicts by showing, to a high degree of certainty, that the acquittal was the product of a legal error in the jury instructions, that the legal error did not impact the conviction, and that the error reconciles the inconsistency by showing that the jury did not find the accused both guilty and not guilty of the same conduct. If the Crown

jurisprudence de la Cour d'appel sur le rôle des directives données au jury dans les affaires où des verdicts incompatibles sont rendus. Ce faisant, ils ont écarté les décisions antérieures de la cour dans les affaires *R. c. S.L.*, 2013 ONCA 176, 303 O.A.C. 103; *R. c. K.D.M.*, 2017 ONCA 510; et *R. c. Tyler*, 2015 ONCA 599 — et ils ont, par voie de conséquence, rejeté l'approche adoptée dans d'autres provinces (voir, p. ex., *R. c. Tremblay*, 2016 ABCA 30, 612 A.R. 147; *R. c. L.B.C.*, 2019 ABCA 505, 383 C.C.C. (3d) 331; *R. c. J.D.C.*, 2018 NSCA 5). Les juges majoritaires ont donc conclu qu'il n'y avait aucune erreur de droit dans les directives données au jury et que les verdicts de culpabilité pour contacts sexuels et incitation à des contacts sexuels étaient déraisonnables, car ils étaient incompatibles avec l'acquittal de R.V. quant à l'accusation d'agression sexuelle. Ils ont annulé les déclarations de culpabilité de R.V. et y ont substitué des verdicts d'acquittal. Le juge Rouleau a exprimé sa dissidence sur la question de savoir si les directives données au jury constituaient une erreur de droit et sur la réparation qu'il convenait d'accorder. La Couronne se pourvoit maintenant devant notre Cour. Elle demande que les déclarations de culpabilité prononcées contre R.V. soient rétablies et que son acquittal soit écarté.

[4] La présente affaire nous donne l'occasion de préciser la marche à suivre lorsqu'une des parties allègue l'incompatibilité des verdicts. Notre Cour a certes établi les principes de base applicables aux verdicts incompatibles, mais nous n'avons pas encore examiné explicitement l'incidence de directives au jury erronées en droit sur l'examen de la question de savoir si des verdicts sont incompatibles. Ce faisant, je m'efforcerai en l'espèce d'établir un juste équilibre entre l'intégrité judiciaire et l'équité envers l'accusé, tout en respectant le rôle que jouent les jurys dans notre système de justice.

[5] Comme je l'expliquerai, la Couronne peut chercher à concilier des verdicts apparemment incompatibles en démontrant, avec une certitude élevée, que l'acquittal résulte d'une erreur de droit dans les directives au jury, que cette erreur n'a eu aucune incidence sur la déclaration de culpabilité, et que l'erreur permet de remédier à l'incompatibilité en démontrant que le jury n'a pas déclaré l'accusé à la

discharges its burden, appellate intervention on the conviction is not warranted because the verdicts are not actually inconsistent and thus not unreasonable on the basis of inconsistency.

[6] For the reasons that follow, in the present case, I am respectfully of the view that the trial judge misdirected the jury on the charge of sexual assault by leaving the jury with the mistaken impression that the element of “force” required for sexual assault was different than the element of “touching” required for sexual interference and invitation to sexual touching. In particular, the failure to instruct the jury in clear terms that the “force” required to establish sexual assault was one and the same as the “touching” required to establish the other two offences constituted non-direction amounting to misdirection. The effect of this error on the apparently inconsistent verdicts is significant. A review of the charge to the jury as a whole enables me to conclude, with a high degree of certainty, that the error was material to the acquittal. Equally, I am satisfied that the error did not impact on the convictions; rather, it reconciles the apparent inconsistency in the verdicts. Accordingly, the verdicts are not actually inconsistent and the convictions are not unreasonable on the basis of inconsistency.

[7] In the result, I would allow the appeal and restore the convictions. I would also set aside the acquittal and, as I will explain, enter a stay of proceedings on the charge of sexual assault.

## II. Background and Proceedings Below

[8] R.V. was charged with historical sexual offences against the complainant, who was the daughter of R.V.’s partner at the time of the alleged offences. The charges, spanning 1995 to 2003, included sexual

fois coupable et non coupable des mêmes actes. Si la Couronne s’acquitte de son fardeau, l’intervention d’une cour d’appel à l’égard de la déclaration de culpabilité n’est pas justifiée, car les verdicts ne sont pas réellement incompatibles et ne sont donc pas déraisonnables pour cause d’incompatibilité.

[6] Pour les motifs qui suivent, et soit dit en tout respect, je suis d’avis qu’en l’espèce la juge du procès a donné au jury des directives erronées sur l’accusation d’agression sexuelle en lui donnant la fausse impression que l’élément de « force » nécessaire pour qu’il y ait agression sexuelle était différent de l’élément de « toucher » requis pour qu’il y ait contacts sexuels et incitation à des contacts sexuels. Plus particulièrement, le fait de ne pas expliquer clairement au jury que l’élément de « force » requis pour prouver l’agression sexuelle est identique à l’élément de « toucher » nécessaire pour établir les deux autres infractions constituait une absence de directives équivalant à des directives erronées. L’incidence de cette erreur sur les verdicts apparemment incompatibles est importante. Un examen de l’exposé au jury dans son ensemble me permet de conclure, avec une certitude élevée, que l’erreur a eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal. De plus, je suis convaincu que l’erreur n’a eu aucune incidence sur les déclarations de culpabilité et qu’elle permet plutôt de concilier les verdicts apparemment incompatibles. Par conséquent, les verdicts ne sont pas réellement incompatibles et les déclarations de culpabilité ne sont pas déraisonnables pour cause d’incompatibilité.

[7] En conséquence, je suis d’avis d’accueillir l’appel et de rétablir les déclarations de culpabilité. Je suis également d’avis d’écarter l’acquittal et, comme je l’expliquerai plus loin, d’ordonner l’arrêt des procédures relativement à l’accusation d’agression sexuelle.

## II. Contexte et décisions des juridictions inférieures

[8] R.V. a été accusé d’avoir commis des infractions d’ordre sexuel historiques à l’égard de la plaignante, la fille de la femme qui était sa conjointe à l’époque des infractions reprochées. Les accusations

assault, sexual interference and invitation to sexual touching.

A. *Ontario Superior Court of Justice (Vallee J., Sitting With a Jury)*

[9] R.V.'s trial lasted two days. The complainant was the only witness. She testified to multiple incidents of sexual abuse committed by R.V. when she was between the ages of 7 and 13. According to her evidence, R.V.:

- Grabbed her hand and moved it to touch his penis;
- Touched her breast over her clothing;
- Touched her vagina over her clothing;
- Held her hand and used it to masturbate himself;
- Laid underneath her while he was unclothed and she was clothed, simulating intercourse and ejaculating on his stomach;
- Laid underneath her while he was clothed and she was unclothed, simulating intercourse; and
- Touched her head and pushed it down towards his penis.

[10] The Crown presented no other evidence at trial. The defence maintained that the complainant's evidence was inconsistent and therefore not sufficiently credible to support a finding of guilt beyond a reasonable doubt. The defence also asserted that she was motivated to fabricate her evidence.

[11] At the end of the trial, the trial judge instructed the jury on each of the offences separately, in the words provided by the pattern instructions in *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2nd ed. 2015). The same evidence went to all three charges.

[12] On the sexual assault charge, the trial judge instructed the jury that R.V. could be found guilty if they were satisfied that the Crown proved beyond a reasonable doubt that R.V. intentionally applied force to the complainant and that the force took place in

portent sur des infractions commises de 1995 à 2003, notamment l'agression sexuelle, les contacts sexuels et l'incitation à des contacts sexuels.

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (la juge Vallee, siégeant avec jury)*

[9] Le procès de R.V. a duré deux jours. La plaignante était le seul témoin. Elle a témoigné avoir été victime d'abus sexuelles multiples de la part de R.V. lorsqu'elle était âgée entre 7 et 13 ans. Selon son témoignage, R.V. :

- lui a saisi la main et lui a fait toucher son pénis;
- a touché son sein par-dessus ses vêtements;
- a touché son vagin par-dessus ses vêtements;
- a pris sa main et l'a utilisée pour se masturber;
- s'est couché nu sous elle alors qu'elle était vêtue et a simulé un rapport sexuel avant d'éjaculer sur son ventre;
- s'est couché habillé sous elle, qui était nue, et a simulé un rapport sexuel;
- a touché sa tête et l'a poussée vers son pénis.

[10] La Couronne n'a présenté aucun autre élément de preuve au procès. La défense a soutenu que le témoignage de la plaignante était contradictoire et qu'il n'était donc pas suffisamment crédible pour conclure hors de tout doute raisonnable à la culpabilité. La défense a également affirmé que la plaignante avait des raisons de fabriquer son témoignage.

[11] À la fin du procès, la juge a donné des directives au jury sur chacune des infractions de façon séparée en suivant le modèle de directives proposé dans le *Watt's Manual of Jury Instructions* (2<sup>e</sup> éd. 2015). Les mêmes éléments de preuve ont été présentés pour les trois accusations.

[12] En ce qui concerne l'accusation d'agression sexuelle, la juge du procès a indiqué au jury qu'il pouvait déclarer R.V. coupable s'il était convaincu que la Couronne avait prouvé hors de tout doute raisonnable que R.V. avait intentionnellement utilisé

circumstances of a sexual nature (A.R., at p. 161). Because the complainant was under the age of 16 at the time of the alleged incidents, consent was not an issue. If the jury was not satisfied that the force occurred in circumstances of a sexual nature, the trial judge instructed them that the result would be to find R.V. not guilty of sexual assault, but guilty of assault (*ibid.*).

[13] Turning to the sexual interference charge, the trial judge instructed the jury that R.V. could be found guilty if the jury was satisfied that the complainant was under 16 years old at the time, that R.V. touched the complainant and that the touching was for a sexual purpose (pp. 162-63).

[14] On the invitation to sexual touching charge, the trial judge instructed that R.V. could be found guilty if the jury was satisfied that the complainant was under 16 years old at the time, that R.V. invited the complainant to touch his body, and that the touching that R.V. invited was for a sexual purpose (p. 166).

[15] The jury was not given a written copy of the instructions to bring to the jury room. Instead, the trial judge provided the jury with a verdict sheet, which listed the following verdicts that the jury could reach:

Count No. 1 — Not guilty of sexual assault; guilty

Count No. 2 — Not guilty of sexual interference; guilty

Count No. 3 — Not guilty of invitation to sexual touching; guilty [p. 174]

[16] The trial judge also provided the jury with a decision tree for each charge. The decision tree for sexual assault listed “Not Guilty of Sexual Assault but Guilty of Assault” as an available verdict (p. 223).

la force contre la plaignante dans des circonstances de nature sexuelle (d.a., p. 161). Comme la plaignante était âgée de moins de 16 ans au moment des incidents allégués, le consentement n’était pas en litige. La juge du procès a également précisé au jury qu’il devait déclarer R.V. non coupable d’agression sexuelle, mais coupable de voies de fait, s’il n’était pas convaincu que R.V. avait employé la force dans des circonstances de nature sexuelle (*ibid.*).

[13] En ce qui a trait à l’accusation de contacts sexuels, la juge du procès a indiqué au jury qu’il pouvait déclarer R.V. coupable s’il était convaincu que la plaignante était âgée de moins de 16 ans au moment des faits en cause, que R.V. avait touché la plaignante et qu’il l’avait fait à des fins d’ordre sexuel (p. 162-163).

[14] Quant à l’accusation d’incitation à des contacts sexuels, la juge du procès a dit au jury qu’il pouvait déclarer R.V. coupable s’il était convaincu que la plaignante était âgée de moins de 16 ans au moment des faits en cause, que R.V. avait invité la plaignante à le toucher et qu’il l’avait fait à des fins d’ordre sexuel (p. 166).

[15] Une copie écrite des directives n’a pas été fournie au jury pour qu’il l’apporte dans la salle des jurés. La juge lui a plutôt remis une feuille de verdict qui contenait une liste des verdicts qu’il pouvait rendre :

[TRADUCTION]

Chef d’accusation n° 1 — Non coupable d’agression sexuelle; coupable

Chef d’accusation n° 2 — Non coupable de contacts sexuels; coupable

Chef d’accusation n° 3 — Non coupable d’incitation à des contacts sexuels; coupable [p. 174]

[16] La juge du procès a également fourni au jury un arbre décisionnel pour chacun des chefs d’accusation. Selon l’arbre décisionnel relatif à l’accusation d’agression sexuelle, l’accusé pouvait être déclaré [TRADUCTION] « non coupable d’agression sexuelle, mais coupable de voies de fait » (p. 223).

[17] After approximately one hour of deliberation, the jury sent the following question to the trial judge regarding the available sexual assault verdicts:

On the decision tree for count one, sexual assault versus the verdict sheet. There are only two choices to make on the verdict sheet, whereas the decision tree provides for three verdicts. Number one, guilty of sexual assault. Number two, not guilty of sexual assault but guilty of assault. Number three, not guilty. What do we do? Juror Number Five. [p. 184]

[18] To resolve the discrepancy between the verdict sheet and the decision tree for sexual assault, the trial judge provided the jury with a new verdict sheet containing the following amendment:

Count No. 1

Not guilty of sexual assault

Not guilty of sexual assault but guilty of assault

Guilty of sexual assault [Emphasis added; p. 236.]

[19] The jury returned verdicts of guilty on the charges of sexual interference and invitation to sexual touching, and not guilty on the charge of sexual assault.

B. *Court of Appeal for Ontario (2019 ONCA 664, 147 O.R. (3d) 657) (Strathy C.J.O., Rouleau, Pardu, Miller and Trotter J.J.A.)*

[20] The Court of Appeal unanimously agreed that R.V.'s convictions were inconsistent with the acquittal and could not stand. The court, however, divided on the appropriate disposition of the Crown's

[17] Après environ une heure de délibérations, le jury a transmis la question suivante à la juge du procès au sujet des verdicts qu'il pouvait rendre à l'égard de l'accusation d'agression sexuelle :

[TRADUCTION]

Lorsqu'on compare l'arbre décisionnel et la feuille de verdict, cette dernière ne comprend que deux verdicts possibles concernant le premier chef d'accusation, alors que l'arbre décisionnel en prévoit trois. Le premier est : coupable d'agression sexuelle. Le deuxième est : non coupable d'agression sexuelle, mais coupable de voies de fait. Le troisième est : non coupable. Que doit-on faire? Le juré numéro 5. [p. 184]

[18] Afin de corriger la divergence entre la feuille de verdict et l'arbre décisionnel concernant l'accusation d'agression sexuelle, la juge du procès a fourni au jury une nouvelle feuille de verdict contenant la modification suivante :

[TRADUCTION]

Chef d'accusation n° 1

Non coupable d'agression sexuelle

Non coupable d'agression sexuelle, mais coupable de voies de fait

Coupable d'agression sexuelle [Je souligne; p. 236.]

[19] Le jury a rendu des verdicts de culpabilité relativement aux accusations de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels, et de non-culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (2019 ONCA 664, 147 O.R. (3d) 657) (le juge en chef Strathy et les juges Rouleau, Pardu, Miller et Trotter)*

[20] La Cour d'appel a convenu à l'unanimité que les déclarations de culpabilité de R.V. étaient incompatibles avec l'acquiescement et ne pouvaient pas être maintenues. La cour était toutefois divisée en ce qui

cross-appeal and the remedy for R.V.'s appeal from his convictions.

[21] After canvassing the inconsistent verdicts jurisprudence, the majority (Strathy C.J.O. and Pardu and Trotter J.J.A.) held that if R.V. was found guilty of sexual interference and invitation to sexual touching, he was necessarily guilty of sexual assault: the touching required for the two convictions satisfied the legal definition of force for sexual assault. Having identified this inconsistency, the majority stated that the remaining issues were: (1) whether the allegedly confusing instruction on sexual assault could explain the inconsistency; (2) whether the Crown's cross-appeal could resolve the inconsistency; and if not, (3) whether a new trial could be ordered in the face of the acquittal.

[22] As to the first issue, the majority found that the allegedly confusing instruction on sexual assault could not reconcile the verdicts because the cause of the inconsistent verdicts was a matter of pure speculation. Indeed, the concern about improper speculation led the majority to conclude that confusing instructions, even those amounting to a legal error, can never reconcile inconsistent verdicts as a matter of law.

[23] Regarding the second issue, the majority found that the Crown's cross-appeal could not succeed because the trial judge gave legally correct instructions. The trial judge expressly told the jury twice that any physical contact, even a gentle touch, could amount to the "force" necessary for sexual assault. She also linked "force" with "touching" in various places in her instructions. Since the Crown

concerne la décision à rendre sur l'appel incident de la Couronne et la réparation à accorder par suite de l'appel interjeté par R.V. contre ses déclarations de culpabilité.

[21] Après avoir examiné à fond la jurisprudence sur les verdicts incompatibles, les juges majoritaires (le juge en chef Strathy et les juges Pardu et Trotter) ont statué que, si R.V. a été déclaré coupable de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels, il était nécessairement coupable d'agression sexuelle : le contact nécessaire pour le déclarer coupable relativement à ces deux accusations répond à la définition juridique de la force requise pour conclure qu'il y a eu agression sexuelle. Ayant cerné cette incohérence, les juges majoritaires ont affirmé que les questions suivantes restaient à trancher : (1) la directive prétendument confuse sur l'accusation d'agression sexuelle peut-elle expliquer l'incompatibilité des verdicts? (2) l'appel incident de la Couronne peut-il remédier à l'incompatibilité des verdicts? et, dans la négative, (3) la tenue d'un nouveau procès peut-elle être ordonnée compte tenu de l'acquiescement?

[22] En ce qui concerne la première question, les juges majoritaires ont statué que la directive prétendument confuse sur l'accusation d'agression sexuelle ne permettait pas de concilier les verdicts, car la cause de l'incompatibilité des verdicts relevait de la pure conjecture. En fait, la préoccupation relative à des conjectures inappropriées a amené les juges majoritaires à conclure qu'en droit, des directives portant à confusion, même celles qui constituent une erreur de droit, ne permettent jamais de concilier des verdicts incompatibles.

[23] Pour ce qui est de la deuxième question, les juges majoritaires ont conclu que l'appel incident de la Couronne ne pouvait pas être accueilli parce que le juge du procès a donné des directives correctes sur le plan juridique. Le juge a expressément dit au jury à deux reprises que tout contact physique, même fait avec douceur, pouvait correspondre à la « force » nécessaire pour établir l'agression sexuelle.

could not demonstrate an error of law, the majority held that the acquittal had to stand.

[24] Given that the acquittal had to stand, the majority found that ordering a new trial on the convictions would invite the jury to return verdicts inconsistent with the acquittal, which would give rise to a claim of issue estoppel. Accordingly, they set aside the convictions and directed verdicts of acquittal to be entered on the sexual interference and invitation to sexual touching charges.

[25] In dissent, the minority (Rouleau and Miller JJ.A.) agreed to allow R.V.'s appeal on the claim of inconsistent verdicts but would have also allowed the Crown's cross-appeal on the basis of legally erroneous jury instructions. Specifically, in considering the entire context, it was reasonable to conclude that the jury would not have understood that mere "touching" constituted the "force" necessary to make out the offence of sexual assault. Given the structure of the charge to the jury, which consisted of an explanation of one count after another in isolation, the jury needed to be told how the three offences related to each other. The trial judge's failure to provide this clarification amounted to an error of law that caused the jury to acquit R.V. on the sexual assault charge.

[26] As to the appropriate remedy, the minority stated that where both the conviction and the acquittal are appealed, and the inconsistency in the verdicts is explained by an error of law in the jury instructions, the appropriate remedy is to order a new trial on all the charges.

### III. Issues

[27] I would restate the main issues in this appeal as follows:

Elle a également établi un lien entre la « force » et le « toucher » à plusieurs endroits dans ses directives. La Couronne n'ayant pas pu démontrer l'existence d'une erreur de droit, les juges majoritaires ont conclu que l'acquittement devait être maintenu.

[24] Ayant statué que l'acquittement devait être maintenu, les juges majoritaires ont déclaré que le fait d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à l'égard des déclarations de culpabilité aurait pour effet d'inviter le jury à rendre des verdicts incompatibles avec l'acquittement et que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée pourrait alors être invoquée. Par conséquent, les juges majoritaires ont annulé les déclarations de culpabilité et substitué des verdicts d'acquittement à l'égard des accusations de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels.

[25] Dissidents, les juges minoritaires (les juges Rouleau et Miller) auraient eux aussi accueilli l'appel de R.V. en ce qui a trait à l'allégation d'incompatibilité des verdicts, mais ils auraient également accueilli l'appel incident de la Couronne au motif que les directives données au jury étaient erronées en droit. Plus précisément, compte tenu du contexte global, il était raisonnable de conclure que le jury n'avait pas compris qu'un simple contact constituait la force nécessaire pour établir l'infraction d'agression sexuelle. Étant donné la structure de l'exposé au jury, où chaque chef d'accusation était expliqué de façon séparée, il fallait dire au jury en quoi les trois infractions étaient liées l'une à l'autre. En ne faisant pas cette précision, la juge du procès a commis une erreur de droit qui a amené le jury à acquitter R.V. de l'accusation d'agression sexuelle.

[26] Quant à la réparation à accorder, les juges minoritaires ont souligné que, dans les cas où une déclaration de culpabilité et un acquittement sont portés en appel, et où une erreur de droit dans les directives données au jury explique l'incompatibilité des verdicts, il convient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à l'égard de toutes les accusations.

### III. Questions en litige

[27] Je reformulerais comme suit les principales questions en litige dans le présent pourvoi :

- (1) Can a legal error in jury instructions reconcile apparently inconsistent verdicts?
- (2) What is the appropriate disposition of an inconsistent verdicts appeal where there is an error of law in the jury instructions?
- (3) Were the verdicts rendered by the jury in R.V.'s case inconsistent?

#### IV. Analysis

##### A. *Inconsistent Verdicts*

[28] The *Criminal Code* does not expressly identify inconsistent verdicts as a ground for setting aside a conviction. For an appellate court to interfere with a conviction on the ground that it is inconsistent with an acquittal, the court must find that the guilty verdict is unreasonable (*R. v. Pittiman*, 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381, at para. 6, citing *Criminal Code*, s. 686(1)(a)(i)). The accused bears the burden of establishing that a verdict is unreasonable (*Pittiman*, at para. 6).

[29] In an appeal involving inconsistent verdicts, the applicable test to determine whether a verdict of a jury is unreasonable is: “Are the verdicts irreconcilable such that no reasonable jury, properly instructed, could possibly have rendered them on the evidence?” (*Pittiman*, at para. 10). Put another way, a conviction is unreasonable and must be set aside where the verdicts cannot be reconciled on any rational or logical basis and no properly instructed jury, acting reasonably, could have rendered the verdicts it did based on the evidence (*R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (Ont. C.A.), at p. 56; *Pittiman*, at paras. 6-7).

[30] When verdicts cannot be reconciled and a jury that was properly instructed returns a conviction that is not supportable on the evidence presented at trial, the only available inference is that the jury acted unreasonably in arriving at the conviction (*R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 39). The jury may have reached a compromised verdict, misunderstood the evidence, or nullified by

- (1) Une erreur de droit dans les directives données au jury permet-elle de concilier des verdicts apparemment incompatibles?
- (2) Quelle est la décision à rendre dans un appel sur des verdicts incompatibles lorsque les directives données au jury comportent une erreur de droit?
- (3) Les verdicts rendus par le jury dans le cas de R.V. étaient-ils incompatibles?

#### IV. Analyse

##### A. *Verdicts incompatibles*

[28] Le *Code criminel* n’indique pas expressément que des verdicts incompatibles constituent un motif d’annulation d’une déclaration de culpabilité. Pour qu’une cour d’appel puisse modifier un verdict de culpabilité au motif qu’il est incompatible avec un acquittement, elle doit conclure qu’il est déraisonnable (*R. c. Pittiman*, 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381, par. 6, citant le *Code criminel*, sous-al. 686(1)a(i)). Il incombe à l’accusé de démontrer qu’un verdict est déraisonnable (*Pittiman*, par. 6).

[29] Dans un appel portant sur des verdicts incompatibles, le critère servant à déterminer si le verdict d’un jury est déraisonnable est le suivant : « les verdicts sont-ils à ce point inconciliables qu’aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n’aurait pu les prononcer au vu de la preuve? » (*Pittiman*, par. 10). Autrement dit, une déclaration de culpabilité est déraisonnable et doit être annulée si les verdicts ne peuvent pas être conciliés pour quelque motif rationnel ou logique, et si aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement n’aurait pu les prononcer au vu de la preuve (*R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (C.A. Ont.), p. 56; *Pittiman*, par. 6-7).

[30] Lorsque des verdicts ne peuvent pas être conciliés et qu’un jury ayant reçu des directives appropriées prononce une déclaration de culpabilité qui n’est pas étayée par la preuve présentée au procès, la seule inférence possible est que le jury a agi de façon déraisonnable pour en arriver à ce verdict (*R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 39). Il se peut que le jury ait rendu un verdict

choosing to not apply the law — any of those paths to inconsistent verdicts reflects unreasonableness. In such cases, the conviction itself is unreasonable and appellate intervention is warranted.

[31] The ultimate inquiry for appellate courts then is whether the verdicts are actually inconsistent. Apparently inconsistent verdicts can be reconciled on the basis that the offences themselves are “temporally distinct, or are qualitatively different, or dependent on the credibility of different complainants or witnesses” (*Pittiman*, at para. 8). If verdicts are reconciled to reveal a theory on which the jury could have returned the verdicts without acting unreasonably, the verdicts are consistent and appellate intervention is not warranted.

[32] In my view, there are also cases, such as the one at hand, where the Crown can reconcile apparently inconsistent verdicts on the basis that they were the result of a legal error in the jury instructions. For such cases, I propose the following approach.

(1) Analytical Framework

[33] Where the Crown attempts to rebut an apparent inconsistency on the basis of a legal error, the burden shifts from the accused to the Crown. That burden is heavy. The Crown must satisfy the court to a high degree of certainty that there was a legal error in the jury instructions and that the error:

- (1) had a material bearing on the acquittal;
- (2) was immaterial to the conviction; and
- (3) reconciles the inconsistency by showing that the jury did not find the accused both guilty and not guilty of the same conduct.

de compromis, qu’il ait mal interprété la preuve ou qu’il ait prononcé une annulation en choisissant de ne pas appliquer la loi — toutes ces voies menant à des verdicts incompatibles indiquent que le jury a agi de façon déraisonnable. Dans de tels cas, la déclaration de culpabilité elle-même est déraisonnable et l’intervention d’une cour d’appel est justifiée.

[31] Ultiment, la cour d’appel doit déterminer si les verdicts sont réellement incompatibles. Des verdicts apparemment incompatibles peuvent être conciliés au motif que les infractions elles-mêmes « n’ont pas été commises en même temps ou parce qu’elles diffèrent sur le plan qualitatif ou dépendent de la crédibilité de divers plaignants ou témoins » (*Pittiman*, par. 8). Si les verdicts sont conciliés de manière à révéler une thèse sur laquelle le jury aurait pu s’appuyer pour les rendre sans agir de façon déraisonnable, les verdicts sont alors compatibles et l’intervention de la cour d’appel n’est pas justifiée.

[32] À mon avis, il existe aussi des cas, comme en l’espèce, où la Couronne peut concilier des verdicts apparemment incompatibles au motif qu’ils découlent d’une erreur de droit dans les directives données au jury. Dans de tels cas, je propose la démarche suivante.

(1) Cadre d’analyse

[33] Lorsque la Couronne tente de réfuter une allégation d’incompatibilité apparente au motif qu’une erreur de droit a été commise, le fardeau passe de l’accusé à la Couronne. Ce fardeau est lourd. La Couronne doit convaincre le tribunal avec une certitude élevée que les directives au jury comportent une erreur de droit et que cette erreur :

- (1) a eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal;
- (2) n’a pas eu d’incidence sur la déclaration de culpabilité;
- (3) concilie les verdicts incompatibles en démontrant que le jury n’a pas déclaré l’accusé à la fois coupable et non coupable des mêmes actes.

[34] If the court can find that these elements are satisfied with a high degree of certainty, the verdicts are not actually inconsistent. Instead, the legal error caused the jury to convict the accused either on different evidence or a different element than it believed was necessary for the charge on which it acquitted the accused. Any apparent inconsistency in the verdicts is thus reconciled, as the jury did not find the accused both guilty and not guilty of the same conduct. It follows that the jury did not act unreasonably in rendering their verdicts.

[35] In assessing whether the Crown has satisfied its burden, the court must not engage in improper speculation about what the jury did and did not do. The appellate court must be able to retrace the reasoning of the jury with a sufficiently high degree of certainty to exclude all other reasonable explanations for how the jury rendered its verdicts. If it can, any concern about speculation falls away.

[36] This approach respects the ordinary deference afforded to the presumed reasonableness of the jury by asking “whether the [apparently inconsistent verdicts] are supportable on any theory of the evidence consistent with the legal instructions given by the trial judge” (*Pittiman*, at para. 7). Where the conviction is supported by the evidence, as is always required, and the verdicts are not actually inconsistent, the jury’s entering of a conviction against the accused is not unreasonable and the conviction appeal should be dismissed. A jury does not act improperly by relying on a trial judge’s legal error. Put another way, the appellate court simply concludes that the jury acted reasonably based on the evidence and instructions before it. The conviction is thus reasonable and appellate intervention is not warranted.

[37] I pause here to note that my colleague, Brown J., disagrees with the reconciliation framework I have proposed on the basis that our jurisprudence and the

[34] Si le tribunal peut conclure que ces éléments ont été établis avec une certitude élevée, les verdicts ne sont pas réellement incompatibles. L’erreur de droit a plutôt amené le jury à déclarer l’accusé coupable en s’appuyant sur des éléments de preuve différents ou sur un élément qui était différent de celui qu’il croyait nécessaire pour l’accusation à l’égard de laquelle il a rendu un verdict d’acquiescement. Il a donc été remédié à toute incompatibilité apparente des verdicts, car le jury n’a pas déclaré l’accusé à la fois coupable et non coupable des mêmes actes. Il s’ensuit que le jury n’a pas agi de façon déraisonnable en rendant ses verdicts.

[35] Pour déterminer si la Couronne s’est acquittée de son fardeau, le tribunal ne doit pas se livrer à des conjectures inappropriées au sujet de ce que le jury a fait et n’a pas fait. La cour d’appel doit pouvoir reconstituer le raisonnement du jury avec une certitude suffisamment élevée pour exclure toutes les autres explications raisonnables quant à la manière dont le jury a rendu ses verdicts. Si c’est le cas, toute préoccupation relative à des conjectures disparaît.

[36] Cette approche respecte le principe de la déférence dont il convient habituellement de faire preuve à l’égard de la présomption de raisonabilité du jury en ce qu’elle invite à se demander si « les [verdicts apparemment incompatibles] peuvent s’appuyer sur une théorie de la preuve compatible avec les directives juridiques données par le juge du procès » (*Pittiman*, par. 7). Lorsque la déclaration de culpabilité est étayée par la preuve, comme cela doit toujours être le cas, et que les verdicts ne sont pas réellement incompatibles, l’inscription d’une déclaration de culpabilité contre l’accusé par le jury n’est pas déraisonnable et l’appel de ce verdict devrait être rejeté. Le jury n’agit pas de façon irrégulière en s’appuyant sur une erreur de droit commise par le juge du procès. En d’autres termes, la cour d’appel conclut simplement que le jury a agi raisonnablement eu égard à la preuve et aux directives dont il disposait. La déclaration de culpabilité est donc raisonnable et l’intervention de la cour d’appel n’est pas justifiée.

[37] Je m’arrête ici pour souligner que mon collègue le juge Brown ne souscrit pas au cadre de conciliation que j’ai proposé au motif que notre

appeals scheme enacted in s. 686(4) of the *Criminal Code* preclude an appellate court from inquiring into the jury's reasons for arriving at a verdict (Brown J.'s reasons, at paras. 82-85). Yet that is not what s. 686(4) says, nor is it what Parliament intended. Indeed, our jurisprudence shows that although appellate courts cannot engage in improper speculation, they regularly consider the impact of jury instructions on a jury's verdict. For instance, reviewing a Crown appeal from a jury's verdict of acquittal on the basis of a legal error at trial requires considering whether the error likely affected the verdict (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at paras. 14-17); reviewing a jury's verdict of guilty in light of legally erroneous jury instructions can require assessing whether the error was harmless in that it could not reasonably be expected to have changed the jury's verdict (*Criminal Code*, s. 686(1)(b)(iii); see, e.g., *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, at paras. 59-60; *R. v. Illes*, 2008 SCC 57, [2008] 3 S.C.R. 134, at paras. 21-23); and fresh evidence applications ask whether the fresh evidence could reasonably be expected to have affected the jury's verdict (*Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775; see also *R. v. Hay*, 2013 SCC 61, [2013] 3 S.C.R. 694, at paras. 70-75). Each of these commonplace appellate matters requires a reviewing court to consider what the jury may have been thinking and whether they might reasonably have changed their minds if the trial had unfolded differently. Indeed, my colleague is content to engage in that consideration himself as he concludes that the misdirection in the present case "might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal" (para. 103). The framework I have proposed calls for nothing more.

[38] Further, and with respect to my colleague, what I have said is meant to supplement — not change — the law as set out in *Pittiman*; nor is it intended to change the law in *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215, which restated the principles

jurisprudence et le régime d'appels édicté au par. 686(4) du *Code criminel* empêchent une cour d'appel de se pencher sur les raisons pour lesquelles le jury est arrivé à un verdict donné (motifs du juge Brown, par. 82-85). Cependant, ce n'est pas ce que prévoit le par. 686(4), ni ce que voulait le Parlement. En fait, notre jurisprudence montre que, bien qu'elles ne puissent se livrer à des conjectures inappropriées, les cours d'appel examinent régulièrement l'incidence des directives données au jury sur le verdict rendu par celui-ci. À titre d'exemple, dans l'examen d'un appel interjeté par la Couronne contre un verdict d'acquiescement du jury, au motif qu'une erreur de droit a été commise au procès, il faut se demander si l'erreur a vraisemblablement eu une incidence sur le verdict (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14-17); lorsqu'un verdict de culpabilité rendu par le jury est contrôlé au regard de directives au jury erronées en droit, il peut être nécessaire de se demander si l'erreur était négligeable en ce qu'on ne pouvait raisonnablement penser qu'elle aurait changé le verdict du jury (*Code criminel*, sous-al. 686(1)(b)(iii); voir, p. ex., *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 59-60; *R. c. Illes*, 2008 CSC 57, [2008] 3 R.C.S. 134, par. 21-23); et les demandes d'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve soulèvent la question de savoir si on pouvait raisonnablement penser que ces nouveaux éléments auraient influé sur le verdict du jury (*Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775; voir aussi *R. c. Hay*, 2013 CSC 61, [2013] 3 R.C.S. 694, par. 70-75). Chacune de ces questions courantes en matière d'appel exige du tribunal de révision qu'il examine ce que le jury peut avoir pensé et si celui-ci aurait pu changer d'avis si le procès s'était déroulé autrement. En fait, mon collègue est disposé à procéder lui-même à cet examen, car il conclut que la directive erronée en l'espèce en est une « dont il serait raisonnable de penser qu'elle a eu une incidence significative sur l'acquiescement » (par. 103). Le cadre que j'ai proposé n'exige rien de plus.

[38] De plus, et avec égards pour mon collègue, les observations que j'ai formulées visent à compléter — et non à modifier — la règle de droit énoncée dans l'arrêt *Pittiman*; elles ne visent pas non plus à modifier celle exposée dans *R. c. J.F.*, 2008 CSC

in *Pittiman* as follows: “. . . verdicts are deemed inconsistent — and therefore unreasonable as a matter of law — if no properly instructed jury could reasonably have returned them both . . .” (para. 23). In the instant case, the Court of Appeal interpreted this formulation to mean that appellate courts reviewing verdicts for inconsistency should not look at jury instructions in assessing reasonableness. With respect, *Pittiman* and *J.F.* should not be read in this manner. In *J.F.*, this Court was not establishing a rule of law that jury instructions must be presumed correct. In fact, it could not have been doing so: the question of whether the verdicts are supportable on any theory of the evidence necessarily involves considering which elements the jury was instructed on (*Pittiman*, at para. 7). As explained, such considerations are routine. If *Pittiman* and *J.F.* required departing from this principle, the Court would have said so explicitly. It did not.

[39] *J.F.* was a case in which the jury instructions did not disclose a clear error permitting the appellate court to retrace the jury’s reasoning with any degree of certainty. Since the Court could not determine why the jury returned the different verdicts, it declined to uphold the conviction on the basis that the legal error could reconcile the verdicts (para. 21). *J.F.*’s approach remains appropriate where the appellate court cannot conclude with a high degree of certainty that the legal error caused the inconsistent verdicts. If, however, a court is able to reach that conclusion, no issue of improper speculation arises. To the contrary, impugning the verdicts of the jury when the appellate court knows the error belongs to the trial judge would damage the legal process. As Paciocco J.A. explained in *R. v. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437, “it is not an appropriate outcome to deem a demonstrably reasonable conviction to be unreasonable because of an inconsistent acquittal that is grounded in a clear legal error” (para. 42). While *Plein* was a judge alone trial, the principle is

60, [2008] 3 R.C.S. 215, où notre Cour a reformulé comme suit les principes établis dans *Pittiman* : « . . . des verdicts sont réputés incompatibles — et, par conséquent, déraisonnables en droit — si aucun jury ayant reçu des directives appropriées n’aurait pu rendre raisonnablement les deux verdicts . . . » (par. 23). Selon l’interprétation donnée à ce passage par la Cour d’appel en l’espèce, les cours d’appel appelées à contrôler l’incompatibilité de verdicts ne devraient pas, lors de l’appréciation de la raisonnablement, examiner les directives données au jury. Soit dit en tout respect, les arrêts *Pittiman* et *J.F.* ne devraient pas être interprétés de cette manière. Dans *J.F.*, notre Cour n’a pas établi une règle de droit selon laquelle les directives données au jury doivent être réputées exactes. En fait, elle n’aurait pas pu établir une telle règle, car pour déterminer si les verdicts peuvent s’appuyer sur une théorie de la preuve, il faut nécessairement examiner les éléments sur lesquels ont porté les directives au jury (*Pittiman*, par. 7). Comme nous l’avons vu, de telles considérations sont monnaie courante. Si les arrêts *Pittiman* et *J.F.* exigeaient de s’écarter de ce principe, notre Cour l’aurait dit de façon explicite. Or, elle ne l’a pas fait.

[39] Dans l’affaire *J.F.*, les directives données au jury ne révélaient aucune erreur manifeste qui aurait permis à la cour d’appel de reconstituer le raisonnement du jury avec quelque degré de certitude que ce soit. Comme elle ne pouvait pas déterminer pourquoi le jury avait rendu les verdicts différents, la Cour a refusé de confirmer la déclaration de culpabilité au motif que l’erreur de droit permettait de concilier les verdicts (par. 21). L’approche suivie dans *J.F.* demeure appropriée lorsqu’une cour d’appel ne peut pas conclure avec une certitude élevée que l’erreur de droit a entraîné les verdicts incompatibles. Si, par contre, une cour peut tirer cette conclusion, aucun problème de conjecture inappropriée ne se pose. Au contraire, mettre en doute les verdicts du jury alors que la cour d’appel sait que l’erreur est imputable au juge du procès nuirait au processus judiciaire. Comme l’a expliqué le juge d’appel Paciocco dans l’arrêt *R. c. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437, [TRADUCTION] « considérer qu’une déclaration de culpabilité manifestement raisonnable est

applicable in a trial by judge and jury so long as the reviewing court is able to retrace the jury's reasoning to the high degree of certainty required.

[40] Further, the reconciliation framework I have proposed addresses the apprehensions that led the Court in *J.F.* to caution, in *obiter*, against legitimizing a conviction based on an error of law. Nothing I have said suggests that an error of law in the instructions to the jury necessarily makes improper verdicts proper or inconsistent verdicts consistent (see *J.F.*, at para. 23). An appellate court that has found a legal error material to the acquittal must go on to determine the impact of that error on the conviction. If the error can be isolated to the acquittal, it is not the error itself that reconciles the verdicts, but rather the further determination that the error did not affect the conviction. That conclusion is consistent with *J.F.*

## (2) Remedy

[41] On finding that a legal error shows that apparently inconsistent verdicts are not actually inconsistent, the appropriate remedy depends on whether the Crown has cross-appealed the acquittal. I turn to this issue now.

### (a) *Crown Cross-Appeal*

[42] In cases where the Crown has cross-appealed, the acquittal must be set aside if the Crown succeeds in proving that it was based on an error of law which “might reasonably be thought . . . to have had a material bearing on the acquittal” (*Graveline*, at para. 14).

déraisonnable en raison d'un acquittement incompatible qui repose sur une erreur de droit manifeste ne constitue pas une conclusion appropriée » (par. 42). Bien que l'affaire *Plein* ait été décidée par un juge seul, ce principe s'applique également au procès devant juge et jury pourvu que le tribunal de révision puisse reconstituer le raisonnement du jury avec la certitude élevée requise.

[40] De plus, le cadre de conciliation que j'ai proposé tient compte des craintes qui ont amené la Cour dans l'arrêt *J.F.* à faire une mise en garde, dans ses remarques incidentes, contre la légitimation d'une déclaration de culpabilité fondée sur une erreur de droit. Rien de ce que j'ai dit ne laisse entendre qu'une erreur de droit dans les directives au jury a nécessairement pour effet de valider des verdicts incorrects ou de remédier à l'incompatibilité des verdicts (voir *J.F.*, par. 23). Une cour d'appel qui conclut qu'une erreur de droit a été commise et que cette erreur a eu une incidence significative sur l'acquittement doit ensuite déterminer l'incidence qu'a eue cette erreur sur la déclaration de culpabilité. Si l'erreur peut être restreinte à l'acquittement, ce n'est pas l'erreur elle-même qui permet de concilier les verdicts, mais plutôt la conclusion selon laquelle l'erreur n'a eu aucune incidence sur la déclaration de culpabilité. Cette conclusion s'accorde avec l'arrêt *J.F.*

## (2) Réparation

[41] Lorsqu'il est conclu que l'existence d'une erreur de droit démontre que des verdicts apparemment incompatibles ne sont pas réellement incompatibles, la détermination de la réparation convenable est tributaire de la question de savoir si la Couronne a formé un appel incident contre l'acquittement. Je vais maintenant me pencher sur cette question.

### a) *Appel incident de la Couronne*

[42] Dans les cas où la Couronne interjette un appel incident, l'acquittement doit être écarté si elle réussit à prouver que celui-ci était fondé sur une erreur de droit dont « il serait raisonnable de penser [. . .] qu'elle a eu une incidence significative sur le

The next question is what should follow from setting aside that acquittal.

[43] For the most part, the *Criminal Code* provides the answer. Section 686(4)(b) of the *Code* instructs appellate courts allowing an appeal from an acquittal entered by a jury to order a new trial. Generally, all interconnected charges should be returned for retrial (*Pittiman*, at para. 14). In line with the test I have outlined, it may well be difficult for the appellate court to isolate the error to the acquittal, and a conviction cannot stand if it arises from an error of law. Unless the appellate court can conclude with a high degree of certainty that the legal error did not taint the conviction, setting aside the acquittal on a charge interconnected with a conviction will require retrial on all charges.

[44] Where an appellate court can isolate the legal error to the acquittal, that charge should be the only one sent back for a new trial and the conviction should stand. The error did not taint the conviction, so it should remain in place unless, of course, the conviction is found to be unreasonable on a ground other than inconsistency. If a retrial is sought, it should only proceed on the charge for which the accused was acquitted. However, a retrial on the acquittal charge may raise *res judicata* concerns, such as the plea of *autrefois convict* or a s. 11(h) *Canadian Charter of Rights and Freedoms* application. Those claims may well be available to the accused upon a retrial, yet the possibility of such claims does not preclude an appellate court from ordering a retrial (*Criminal Code*, s. 686(4)). If, prior to a retrial, an accused chooses to raise any of these issues, that is their prerogative — I certainly do not foreclose the accused from doing so. However, granting a special plea of *autrefois convict* or a s. 11(h) *Charter* application is discretionary, something for first instance judges to determine based on the circumstances

verdict d'acquittallement » (*Graveline*, par. 14). Il faut ensuite se demander ce qui doit découler de la mise de côté de cet acquittallement.

[43] Le *Code criminel* répond en majeure partie à cette question. L'alinéa 686(4)b du *Code* prévoit que, lorsqu'une cour d'appel admet l'appel d'un acquittallement prononcé par un jury, elle ordonne un nouveau procès. En général, toutes les accusations qui sont interreliées devraient être renvoyées pour faire l'objet d'une nouvelle instruction (*Pittiman*, par. 14). Selon le critère que j'ai énoncé, il se peut fort bien qu'une cour d'appel ait de la difficulté à limiter l'erreur à l'acquittallement, et une déclaration de culpabilité ne peut pas être maintenue si elle découle d'une erreur de droit. À moins que la cour d'appel ne puisse conclure avec une certitude élevée que l'erreur de droit n'a pas vicié la déclaration de culpabilité, la tenue d'un nouveau procès à l'égard de toutes les accusations sera nécessaire si l'acquittallement est écarté quant à une accusation liée à une déclaration de culpabilité.

[44] Dans les cas où une cour d'appel peut limiter l'erreur de droit à l'acquittallement, seule l'accusation dont l'accusé a été acquitté devrait faire l'objet d'un nouveau procès et la déclaration de culpabilité devrait être maintenue. Comme l'erreur n'a pas entaché la déclaration de culpabilité, ce verdict devrait être maintenu à moins, bien entendu, que la déclaration de culpabilité ne soit jugée déraisonnable pour un motif autre que l'incompatibilité. Seule l'accusation dont l'accusé a été acquitté devrait faire l'objet d'un nouveau procès. Par contre, la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation dont l'accusé a été acquitté peut susciter des inquiétudes liées à l'autorité de la chose jugée, tel que le plaidoyer d'*autrefois convict* ou une demande fondée sur l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il se peut fort bien que l'accusé puisse présenter ces demandes à l'occasion d'un nouveau procès, mais la possibilité de telles demandes n'empêche pas la cour d'appel d'ordonner un nouveau procès (*Code criminel*, par. 686(4)). Si, avant la tenue d'un nouveau procès, l'accusé décide de soulever l'une ou l'autre question, il lui est loisible

before them. As such, I decline to decide whether these claims would preclude a retrial in *all* circumstances.

[45] That said, when an appellate court is satisfied that the acquittal is the product of a legal error and cannot stand, the most appropriate remedy, depending on the circumstances, may be to enter a stay of proceedings rather than sending the matter back for a retrial (*Criminal Code*, s. 686(8)).

(b) *Absence of a Crown Cross-Appeal*

[46] The parties disagree about what happens when the Crown has not cross-appealed but nonetheless asserts that a legal error reconciles apparently inconsistent verdicts.

[47] Here, as indicated, the Crown cross-appealed R.V.'s acquittal on the sexual assault charge. Accordingly, the issue of whether the Crown must cross-appeal where it seeks to reconcile apparently inconsistent verdicts on the basis of erroneous jury instructions is not before us. Nor indeed has that issue ever been squarely before this Court.

[48] Having regard to the bedrock principle of our adversarial system that where an accused makes an argument, the Crown is entitled to rebut it, there is a viable argument that the Crown need not cross-appeal to rebut an inconsistent verdict allegation raised by an accused. That said, I recognize that there are tenable arguments to the contrary, relating to the integrity of the legal process and the legitimacy of verdicts. In the end, I consider it prudent to leave the issue outstanding until it comes squarely before us.

de le faire. Je n'empêche certainement pas l'accusé de le faire. Cependant, accueillir un plaidoyer spécial d'autrefois convict ou une demande fondée sur l'al. 11*h*) de la *Charte* est une décision discrétionnaire, que doivent rendre les juges de première instance compte tenu des circonstances portées à leur connaissance. Par conséquent, je refuse de décider si ces demandes feraient obstacle à la tenue d'un nouveau procès en *toutes* circonstances.

[45] Cela dit, lorsque la cour d'appel est convaincue que l'acquittal résulte d'une erreur de droit et ne peut être maintenu, la réparation la plus convenable, selon les circonstances, pourrait consister à ordonner l'arrêt des procédures au lieu de renvoyer l'affaire pour un nouveau procès (*Code criminel*, par. 686(8)).

b) *Absence d'un appel incident de la Couronne*

[46] Les parties ne s'entendent pas sur ce qui arrive lorsque la Couronne ne forme pas d'appel incident, mais soutient néanmoins qu'une erreur de droit concilie des verdicts apparemment incompatibles.

[47] En l'espèce, comme je l'ai déjà indiqué, la Couronne a formé un appel incident contre l'acquittal de R.V. relativement à l'accusation d'agression sexuelle. En conséquence, nous ne sommes pas saisis de la question de savoir si la Couronne doit interjeter un appel incident quand elle cherche à faire concilier des verdicts apparemment incompatibles en raison de directives erronées données au jury. Cette question n'a jamais non plus été nettement soumise à notre Cour.

[48] Eu égard au principe fondamental de notre système de débat contradictoire selon lequel, quand l'accusé présente un argument, la Couronne peut le réfuter, il est possible de soutenir que la Couronne n'a pas à interjeter un appel incident pour réfuter une allégation de verdicts incompatibles faite par l'accusé. Cela dit, je reconnais qu'il existe des arguments contraires défendables qui ont trait à l'intégrité du processus judiciaire et à la légitimité des verdicts. En dernière analyse, j'estime prudent de laisser la question en suspens jusqu'à ce que notre Cour en soit nettement saisie.

### B. *Application to the Facts*

[49] In the present case, R.V. appealed his sexual interference and invitation to sexual touching convictions on the basis that they were inconsistent with his sexual assault acquittal. The Crown conceded that the verdicts were apparently inconsistent, but cross-appealed from the acquittal on the basis that the verdicts were not actually inconsistent since they could be reconciled by the erroneous jury instructions. Specifically, the Crown's position was that the instructions mistakenly led the jury to believe that the element of "force" required to make out the offence of sexual assault was different than the element of "touching" required to make out the offences of sexual interference and invitation to sexual touching.

[50] I agree that the verdicts rendered by the jury are inconsistent on their face. Given that the three charges have near identical elements and were based on the same evidence at trial, the jury should have either convicted or acquitted R.V. of all three charges. Guided by the approach I have proposed, I must now decide whether there was a legal error in the jury instructions and if so, whether it reconciles the apparent inconsistency. If the inconsistency can be reconciled, the verdicts are not actually inconsistent and therefore not unreasonable on the basis of inconsistency. If the inconsistency cannot be reconciled, the verdicts rendered by the jury here will necessarily be unreasonable as a matter of law.

#### (1) The Legal Error

[51] Sections 151, 152 and 271 of the *Criminal Code* use different terms to describe similar acts. Sexual interference under s. 151 requires proof of touching, and invitation to sexual touching under s. 152 requires proof that the accused counselled, invited or incited the complainant to touch. Sexual assault, for its part, is not defined under s. 271. Instead, sexual assault is a s. 265(1) assault made applicable to sexual circumstances by s. 265(2). A

### B. *Application aux faits*

[49] En l'espèce, R.V. a porté en appel les déclarations de culpabilité prononcées contre lui pour contacts sexuels et incitation à des contacts sexuels au motif qu'elles étaient incompatibles avec son acquittement de l'accusation d'agression sexuelle. La Couronne a concédé que les verdicts étaient apparemment incompatibles, mais elle a formé un appel incident contre l'acquittement au motif que les verdicts n'étaient pas réellement incompatibles puisqu'ils pouvaient être conciliés sur le fondement des directives erronées données au jury. Plus particulièrement, la Couronne a soutenu que les directives avaient, à tort, amené le jury à croire que l'élément de « force » nécessaire pour établir l'infraction d'agression sexuelle différait de l'élément de « toucher » requis pour établir les infractions de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels.

[50] Je conviens que les verdicts rendus par le jury sont incompatibles à première vue. Étant donné que les trois chefs d'accusation comportent des éléments quasi identiques et qu'ils reposaient sur la même preuve au procès, le jury aurait dû soit déclarer coupable soit acquitter R.V. des trois chefs d'accusation. Guidé par l'approche que j'ai proposée, je dois maintenant décider si les directives au jury comportent une erreur de droit et, dans l'affirmative, si cette erreur remédie à l'incompatibilité apparente. S'il peut être remédié à l'incompatibilité, les verdicts ne sont pas réellement incompatibles et ne sont donc pas déraisonnables pour cause d'incompatibilité. En revanche, s'il n'est pas possible de les concilier, les verdicts rendus par le jury en l'espèce sont nécessairement déraisonnables en droit.

#### (1) L'erreur de droit

[51] Les articles 151, 152 et 271 du *Code criminel* emploient des termes différents pour décrire des actes semblables. Pour établir l'infraction de contacts sexuels visée à l'art. 151, il est nécessaire de prouver que l'accusé a touché un plaignant, et pour établir l'infraction d'incitation à des contacts sexuels visée à l'art. 152, il est nécessaire de prouver que l'accusé a invité, engagé ou incité un plaignant à se toucher ou à toucher un tiers. L'agression sexuelle n'est,

person commits a sexual assault by applying force intentionally to another person, directly or indirectly, in circumstances of a sexual nature (*Criminal Code*, s. 265(1)(a); *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, at p. 302; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 24).

[52] The word “force” is commonly understood to mean physical strength, “violence, compulsion, or constraint exerted upon or against a person” (*R. v. Barton*, 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1, at para. 202, aff’d 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, citing *Merriam-Webster Dictionary* (online)). However, as a legal term of art, the element of force has been interpreted to include any form of touching (*R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 10; *Ewanchuk*, at paras. 23-25; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440, at para. 23). Put simply, although the words “touch” or “touching” and “force” are distinct, in some circumstances, including those that apply here, they mean the same thing in law.

[53] Many cases demonstrate that instructions on the law of sexual assault when an accused is also charged with sexual interference or invitation to sexual touching is a source of bewilderment and confusion for juries (see, e.g., *Tremblay*; *L.B.C.*; *J.D.C.*; *S.L.*; *K.D.M.*). The question in the present case is whether the jury was correctly instructed on the relationship between the elements of force and touching.

[54] Viewed in isolation, parts of the trial judge’s instruction on sexual assault indicate that any form of touching could amount to force. Specifically, she stated that “[f]orce includes any physical contact, even a gentle touch” (A.R., at p. 154) — wording that the Court of Appeal for Ontario endorsed in *S.L.* Nevertheless, as this Court stated in *Barton*, at para. 54:

quant à elle, pas définie à l’art. 271. Il s’agit plutôt de l’infraction de voies de fait visée au par. 265(1) que le par. 265(2) rend applicable dans des circonstances de nature sexuelle. Se livre à une agression sexuelle quiconque, d’une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne dans des circonstances de nature sexuelle (*Code criminel*, al. 265(1)a); *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, p. 302; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 24).

[52] Le mot « force » s’entend généralement de la force physique, de la [TRADUCTION] « violence ou de la contrainte exercée à l’endroit d’une personne » (*R. c. Barton*, 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1, par. 202, conf. par 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, citant le *Merriam-Webster Dictionary* (en ligne)). Cependant, l’interprétation faite du mot « force » employé dans un contexte juridique comprend toute forme d’attouchement (*R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 10; *Ewanchuk*, par. 23-25; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 23). En termes simples, bien que les mots « toucher » ou « attouchement » et « force » soient distincts, dans certaines circonstances, notamment celles de l’espèce, ils ont la même signification en droit.

[53] Il appert de nombreuses décisions que les directives données sur le droit applicable en matière d’agression sexuelle lorsqu’un accusé est aussi inculpé de contacts sexuels ou d’incitation à des contacts sexuels constituent souvent une source de perplexité et de confusion pour les jurys (voir, p. ex., *Tremblay*; *L.B.C.*; *J.D.C.*; *S.L.*; *K.D.M.*). La question qui se pose dans la présente affaire est de savoir si la juge du procès a correctement expliqué au jury le lien entre les éléments de force et de toucher.

[54] Considérées isolément, les portions des directives données par la juge du procès concernant l’agression sexuelle indiquent que toute forme de contact peut équivaloir à de la force. Plus précisément, la juge a déclaré que [TRADUCTION] « [l]a force comprend tout contact physique, même un attouchement délicat » (d.a., p. 154), une formulation que la Cour d’appel de l’Ontario a adoptée dans l’arrêt *S.L.* Néanmoins, comme l’a déclaré notre Cour dans l’arrêt *Barton*, au par. 54 :

When considering arguments of alleged misdirection, the appellate court must review the charge as a whole from a functional perspective, asking whether the jury was properly, not perfectly, equipped to decide the case, keeping in mind that it is the substance of the charge, not adherence to a set formula, that matters . . . . [Emphasis added.]

[55] Having regard to the jury charge as a whole and its substance, I am satisfied that the trial judge misdirected the jury on the charge of sexual assault by leaving the jury with the mistaken impression that the element of “force” required for sexual assault was different than the element of “touching” required for sexual interference and invitation to sexual touching. With respect, this error was one of non-direction amounting to misdirection.

[56] In instructing the jury on the sexual assault offence, the trial judge stated that the elements were:

- i. That [R.V.] intentionally applied force to [the complainant];
- ii. That the force that [R.V.] intentionally applied took place in circumstances of a sexual nature. [Emphasis added.]

(A.R., at p. 153)

[57] In her summary at the end of the sexual assault instruction, she stated:

If you are satisfied beyond a reasonable doubt that [R.V.] intentionally applied force to [the complainant] in circumstances of a sexual nature, you must find [R.V.] guilty of sexual assault. [Emphasis added; p. 161.]

[58] After her instructions relating to sexual assault, the trial judge gave instructions on sexual interference and on invitation to sexual touching. In

Lorsqu’elle est appelée à se prononcer sur une allégation de directive erronée, la cour d’appel doit évaluer l’exposé dans son ensemble, d’un point de vue pratique, en se demandant si le jury a reçu des directives non pas parfaites, mais appropriées, qui lui permettaient de trancher l’affaire, tout en gardant à l’esprit que c’est la teneur de l’exposé qui compte, non le respect d’une formule consacrée . . . [Je souligne.]

[55] En ce qui concerne l’exposé au jury dans son ensemble et sa teneur, je suis convaincu que la juge du procès a induit le jury en erreur en ce qui concerne l’accusation d’agression sexuelle en lui donnant la fausse impression que l’élément de « force » requis pour établir l’agression sexuelle était différent de l’élément de « toucher » requis pour établir les contacts sexuels et l’incitation à des contacts sexuels. Avec égards, en l’espèce, cette erreur constituait une absence de directives qui équivalait à des directives erronées.

[56] En donnant ses directives au jury concernant l’infraction d’agression sexuelle, la juge du procès a déclaré qu’elle était formée des éléments suivants :

[TRADUCTION]

- i. [R.V.] a, de manière intentionnelle, employé la force à l’endroit de [la plaignante];
- ii. La force que [R.V.] a employée, de manière intentionnelle, l’a été dans des circonstances de nature sexuelle. [Je souligne.]

(d.a., p. 153)

[57] Dans son résumé à la fin des directives concernant l’agression sexuelle, elle a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que [R.V.] a, de manière intentionnelle, employé la force à l’endroit de [la plaignante] dans des circonstances de nature sexuelle, vous devez déclarer [R.V.] coupable d’agression sexuelle. [Je souligne; p. 161.]

[58] À la suite des directives au sujet de l’agression sexuelle, la juge du procès a donné des directives concernant les contacts sexuels et l’incitation à des

her explanation for sexual interference, she stated that the elements were that the complainant was under 16 years old at the time, that R.V. “touched” the complainant and that the “touching” was for a sexual purpose (p. 162). She then provided the following definition of “touching”:

The contact may be direct, for example, touching with a hand or other body part, or indirect, for example, touching with an object. Force is not required but accidental touching is not enough. [Emphasis added; p. 164.]

[59] In her explanation for invitation to sexual touching, the trial judge stated that the elements were that the complainant was under 16 years old, that R.V. invited the complainant to “touch” his body and that the “touching” that R.V. invited was for a sexual purpose (p. 166). She then provided the following definition of “touching”:

The proposed touching must involve intentional physical contact with any part of a person’s body. Force is not required but accidental touching is not enough. [Emphasis added; p. 168.]

[60] In my respectful view, given the way the instructions were organized — an explanation of one count after another — the trial judge needed to instruct the jury on how the three offences related to each other. She should have either clarified the relationship between the elements of touching and force, or simply used the word “touching” to describe all three offences. Alternatively, since the trial judge chose not to provide a copy of the charge, she could have indicated on the decision tree that force and touching were, in effect, interchangeable terms. Without any of these clarifications, I am satisfied that the trial judge’s non-direction amounted to misdirection.

[61] This misdirection was compounded by the trial judge’s further error in leaving simple assault

contacts sexuels. Dans son explication sur les contacts sexuels, elle a déclaré que les éléments étaient que la plaignante était âgée de moins de 16 ans à l’époque, que R.V. s’était livré à des « attouchements » avec la plaignante et qu’il l’avait fait à des fins d’ordre sexuel (p. 162). Elle a ensuite donné la définition suivante de « toucher » :

[TRADUCTION] Un contact peut être direct, par exemple, avec la main ou une autre partie du corps, ou indirect, par exemple, avec un objet. L’emploi de la force n’est pas nécessaire, mais toucher accidentellement ne suffit pas. [Je souligne; p. 164.]

[59] Dans son explication sur l’incitation à des contacts sexuels, la juge du procès a déclaré que les éléments étaient que la plaignante était âgée de moins de 16 ans à l’époque, que R.V. avait incité la plaignante à « toucher » son corps et que les « attouchements » que R.V. avait incité la plaignante à faire l’étaient à des fins d’ordre sexuel (p. 166). Elle a ensuite défini comme suit le mot « toucher » :

[TRADUCTION] Toucher peut comprendre des contacts physiques intentionnels avec n’importe quelle partie du corps. L’emploi de la force n’est pas nécessaire, mais toucher accidentellement ne suffit pas. [Je souligne; p. 168.]

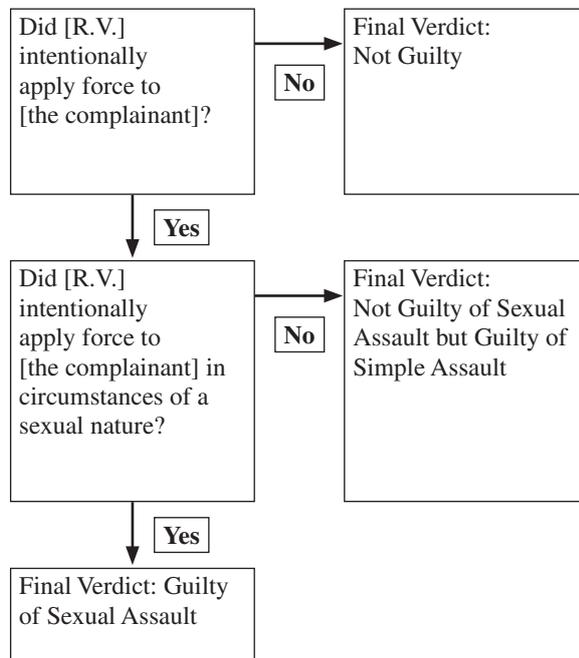
[60] À mon humble avis, étant donné la façon dont les directives étaient structurées — les chefs d’accusation ont été expliqués l’un après l’autre — la juge du procès devait expliquer au jury en quoi les trois infractions étaient liées entre elles. Elle aurait dû clarifier la relation entre les éléments de toucher et de force, ou simplement employer le mot « toucher » pour décrire les trois infractions. Subsidiairement, puisque la juge du procès a choisi de ne pas remettre au jury une copie de l’exposé, elle aurait pu indiquer dans l’arbre décisionnel que les mots « force » et « toucher » étaient, en fait, interchangeables. Sans ces précisions, je suis d’avis que l’absence de directives de la juge du procès équivalait à des directives erronées.

[61] À ces directives erronées s’est ajoutée l’erreur que la juge du procès a commise en laissant au jury

as an available verdict to the jury. In her instructions, she stated:

If you are not satisfied beyond a reasonable doubt that [R.V.] intentionally applied force to [the complainant] in circumstances of a sexual nature, you must find [R.V.] not guilty of sexual assault, but guilty of assault. [Emphasis added; p. 161.]

[62] Not only did the trial judge instruct the jury on simple assault, she also included simple assault as an available verdict on the decision tree on sexual assault:



(A.R., at p. 223)

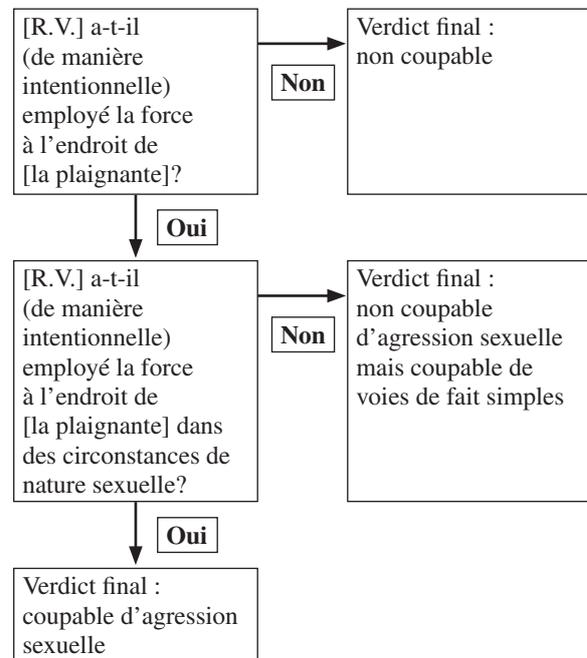
[63] Rather than correcting this error when the jury sent a question about the discrepancy between the decision tree on sexual assault and the verdict sheet, the trial judge deepened the error by adding simple assault to the verdict sheet. The inclusion of simple assault in the decision tree and verdict sheet

la possibilité de déclarer l'accusé coupable de voies de fait simples. Dans ses directives, elle a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Si vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que [R.V.] a, de manière intentionnelle, employé la force à l'endroit de [la plaignante] dans des circonstances de nature sexuelle, vous devez déclarer [R.V.] non coupable d'agression sexuelle, mais coupable de voies de fait. [Je souligne; p. 161.]

[62] Non seulement la juge du procès a inclus les voies de fait dans les directives qu'elle a données au jury, mais elle les a aussi incluses dans les verdicts possibles de l'arbre décisionnel sur l'agression sexuelle :

[TRADUCTION]



(d.a., p. 223)

[63] Plutôt que de corriger cette erreur au moment où le jury a posé une question à propos de la divergence entre l'arbre décisionnel et la feuille de verdict relativement à l'agression sexuelle, la juge du procès a aggravé l'erreur en ajoutant le verdict de voies de fait à la feuille de verdict. L'inclusion du verdict

emphasized the difference between the use of the word “force” for sexual assault and the use of “touching” for the other two offences. Further, the decision tree repeatedly identified the requisite conduct for sexual and simple assault as “force”.

[64] I appreciate that the trial judge relied on pattern instructions. Trial judges understandably rely heavily on such instructions. However, pattern instructions are not a panacea: they must be molded to reflect the intricacies of each case (*R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3, at paras. 48-50; *R. v. Rodgeron*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760, at paras. 51-52; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 13). To the extent that pattern instructions are inapplicable to the facts or law at issue, they must be adjusted. In particular, trial judges must be careful to not put verdicts to the jury that do not arise on the evidence (*R. v. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621 (C.A.), at p. 625, aff’d [1994] 3 S.C.R. 516). Further, trial judges should avoid relying on pattern instructions that use the word “force” in sexual assault and “touching” in sexual interference and invitation to sexual touching because such instructions encourage confusion and erroneous reasoning. For these reasons, the trial judge’s reliance on pattern instructions was no insulation from legal error.

[65] Based on all of the foregoing, I am able to conclude with a high degree of certainty that the jury did not understand that any form of touching constituted the force required to make out the offence of sexual assault. In the circumstances of this case, it was essential that the jury be disabused of the notion that force is, in law, different from touching. The trial judge did not do so here. Respectfully, this non-direction amounted to a legal error.

de voies de fait dans l’arbre décisionnel et dans la feuille de verdict a mis en relief la différence entre l’emploi du mot « force » pour l’agression sexuelle et l’utilisation du mot « toucher » pour les deux autres infractions. De plus, la feuille de verdict indiquait à plusieurs reprises que la conduite requise pour établir les infractions d’agression sexuelle et de simples voies de fait était une conduite faisant intervenir la « force ».

[64] Je suis conscient que la juge du procès s’est fondée sur un modèle de directives. Il est compréhensible que les juges présidant les procès s’appuient fortement sur de tels modèles. Toutefois, ceux-ci ne sont pas universels : ils doivent être adaptés pour tenir compte des particularités de chaque affaire (*R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3, par. 48-50; *R. c. Rodgeron*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760, par. 51-52; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 13). Si les modèles de directives sont inapplicables aux faits ou au droit en cause, ils doivent être adaptés. Plus particulièrement, les juges présidant les procès doivent se garder de proposer au jury des verdicts inappropriés au vu de la preuve (*R. c. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621 (C.A.), p. 625, conf. par [1994] 3 R.C.S. 516). En outre, les juges présidant les procès devraient éviter de recourir à des modèles de directives qui emploient le mot « force » relativement à l’agression sexuelle et le mot « toucher » relativement aux contacts sexuels et à l’incitation à des contacts sexuels, car de telles directives favorisent la confusion et un raisonnement erroné. Pour ces motifs, même si elle s’est appuyée sur un modèle de directives, la juge du procès n’était pas à l’abri d’une erreur de droit.

[65] Compte tenu de tout ce qui précède, je peux conclure, avec une certitude élevée, que le jury n’a pas compris que toute forme de contact équivalait à la force requise pour établir l’infraction d’agression sexuelle. Dans les circonstances de l’espèce, il était essentiel de détromper le jury qui croyait que la notion de force est, en droit, différente de la notion de contact. La juge du procès ne l’a pas fait ici. Avec égards, j’estime que cette absence de directives constituait une erreur de droit.

(2) The Legal Error Was Material and Isolated to the Acquittal, and It Reconciles the Apparent Inconsistency

[66] The legal error led the jury to return a verdict of acquittal on the sexual assault charge. The jury mistakenly believed that sexual assault, but not the other two charges, required force beyond mere touching. As a result, the jury acquitted R.V. of sexual assault: they were not satisfied beyond a reasonable doubt that he applied force, in the colloquial sense, to the complainant. On the same evidence, they convicted the accused of sexual interference and invitation to sexual touching because they were satisfied that he touched the complainant in circumstances of a sexual nature.

[67] Importantly, retracing the jury's reasoning in this way does not involve speculation or conjecture. The instructions explain exactly how the jury came to their verdict on the sexual assault charge:

If you are not satisfied beyond a reasonable doubt that [R.V.] intentionally applied force to [the complainant], you must find him not guilty. Your deliberations would be over. [Emphasis added.]

(A.R., at p. 159)

[68] This was the only basis upon which the jury could have acquitted R.V. of sexual assault. The jury was instructed by the trial judge and by the decision tree that if they were not satisfied on the second element of sexual assault — whether the force was applied *in circumstances of a sexual nature* — the final verdict would be not guilty of sexual assault but guilty of assault. Since the jury did not find R.V. guilty of simple assault, the rational inference is that they were not satisfied of the force element and acquitted R.V. on that basis.

(2) L'erreur de droit était significative et limitée à l'acquittal, et elle permet de concilier les verdicts apparemment incompatibles

[66] L'erreur de droit a amené le jury à rendre un verdict d'acquittal à l'égard de l'accusation d'agression sexuelle. Le jury a cru à tort que l'accusation d'agression sexuelle, contrairement aux deux autres accusations, exigeait l'emploi d'une force allant au-delà d'un simple contact. Par conséquent, le jury a acquitté R.V. d'agression sexuelle : il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que R.V. avait employé la force, au sens courant du mot, à l'endroit de la plaignante. S'appuyant sur la même preuve, le jury a déclaré l'accusé coupable de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels parce qu'il était convaincu que l'accusé avait eu des contacts avec la plaignante dans des circonstances de nature sexuelle.

[67] Fait important, il n'est pas nécessaire de se livrer à des suppositions ou à des conjectures pour reconstituer le raisonnement du jury. Les directives expliquent exactement de quelle façon le jury en est arrivé à son verdict quant à l'accusation d'agression sexuelle :

[TRADUCTION] Si vous n'êtes pas convaincus, hors de tout doute raisonnable, que [R.V.] a, de manière intentionnelle, employé la force à l'endroit de [la plaignante], vous devez le déclarer non coupable. Vos délibérations prendraient ainsi fin. [Je souligne.]

(d.a., p. 159)

[68] Il s'agit du seul fondement sur lequel le jury pouvait s'appuyer pour acquitter R.V. d'agression sexuelle. Selon les directives reçues de la juge du procès et l'arbre décisionnel, si le jury n'était pas convaincu quant au deuxième élément de l'accusation d'agression sexuelle — à savoir si la force avait été employée *dans des circonstances de nature sexuelle* — il devait déclarer l'accusé non coupable d'agression sexuelle, mais coupable de voies de fait. Puisque le jury n'a pas déclaré R.V. coupable de voies de fait, il est logique de déduire qu'il n'était pas convaincu quant à l'élément de force et qu'il a acquitté R.V. pour ce motif.

[69] Further, the legal error was isolated to the acquittal. The trial judge's instructions on sexual interference and invitation to sexual touching were legally correct in that the jury was properly instructed on the essential elements of those offences and on the evidence. The error in the instruction on sexual assault did not colour the instructions on the remaining offences. I can thus conclude, to a high degree of certainty, that the error pertained solely to the sexual assault charge, not to the sexual interference or sexual invitation charges.

[70] Finally, the legal error reconciles the apparent inconsistency in that the jury did not find R.V. both guilty and not guilty of the same conduct. The jury found R.V. guilty of sexual touching. It found him not guilty of applying force, in the colloquial sense, to the complainant in circumstances of a sexual nature. Force beyond touching was lacking, hence the acquittal; mere touching was not lacking, hence the convictions. Those two findings are consistent.

[71] In sum, the framework I have set out is satisfied and accordingly the convictions are not actually inconsistent with the acquittal.

[72] Since I have found that the verdicts are not actually inconsistent, the convictions are not unreasonable on that basis. R.V. does not allege any other basis by which his convictions might be unreasonable, and for good reason: they are supportable on the evidence tendered at trial and consistent with the jury instructions on those two offences. Accordingly, R.V.'s appeal from his convictions should have been dismissed.

### (3) The Applicable Remedy

[73] I turn now to the appropriate disposition for the sexual assault charge. As I explained, the ordinary

[69] En outre, l'erreur de droit était restreinte à l'acquittal. Les directives de la juge du procès quant aux accusations de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels étaient fondées en droit puisque le jury a reçu des directives appropriées relativement aux éléments essentiels de ces infractions et à la preuve. L'erreur commise dans les directives sur l'agression sexuelle n'a pas entaché les directives concernant les autres infractions. Je peux donc conclure, avec une certitude élevée, que l'erreur concernait uniquement l'accusation d'agression sexuelle, et non les accusations de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels.

[70] Enfin, l'erreur de droit permet de concilier les verdicts apparemment incompatibles en ce sens que le jury n'a pas déclaré R.V. à la fois coupable et non coupable des mêmes actes. Le jury a déclaré R.V. coupable d'avoir touché la plaignante sexuellement. Il ne l'a pas déclaré coupable d'avoir employé la force, au sens courant du mot, à l'endroit de la plaignante dans des circonstances de nature sexuelle. L'acquittal est attribuable à l'absence de l'emploi d'une force allant au-delà du toucher; les déclarations de culpabilité sont attribuables à la présence de simples attouchements. Ces deux conclusions sont compatibles.

[71] En somme, le cadre que j'ai établi est respecté et, en conséquence, les déclarations de culpabilité ne sont pas réellement incompatibles avec l'acquittal.

[72] Puisque j'ai conclu que les verdicts ne sont pas réellement incompatibles, les déclarations de culpabilité ne sont pas déraisonnables pour ce motif. R.V. n'invoque aucun autre motif pour lequel ses déclarations de culpabilité pourraient être déraisonnables, et pour cause : elles peuvent s'appuyer sur la preuve produite au procès et sont compatibles avec les directives données au jury relativement à ces deux infractions. Par conséquent, l'appel interjeté par R.V. contre ses déclarations de culpabilité aurait dû être rejeté.

### (3) La réparation applicable

[73] Je passe maintenant à la décision qu'il convient de rendre sur l'accusation d'agression sexuelle.

remedy in cases such as this — where the Crown has cross-appealed and reconciled the inconsistent verdicts by isolating an error of law to the acquittal — is to let the conviction stand and send just the acquittal back for retrial. However, the circumstances of this case justify the Court entering a stay of the proceeding rather than ordering a retrial.

[74] Under s. 686(8) of the *Criminal Code*, a court of appeal has the power whenever it exercises “any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7) [to] make any order, in addition, that justice requires”. The *Criminal Code* also vests that power in this Court (s. 695(1)). For an appellate court to issue an order under its s. 686(8) residual power, three requirements must be met (*R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535). First, the court must have exercised one of the triggering powers conferred under s. 686(2), (4), (6) or (7). Second, the order issued must be ancillary to the triggering power. Consistent with the provision’s “broad remedial purpose”, this Court has taken a flexible approach in determining whether the order is “in addition” to the exercise of the triggering power (*R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, at para. 30). In particular, the additional order need not directly advance the exercise of the triggering power (*Hinse*, at paras. 31-32; see, e.g., *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at pp. 615-18; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, at pp. 19-21; *Terlecki v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 483, at pp. 483-84). It is enough that the ancillary order not be “at direct variance with the court’s underlying judgment” (*Thomas*, at para. 17; see also *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, at paras. 72-74). Third and finally, the order must be one that “justice requires”.

[75] Here, the three requirements justify ordering a stay of proceedings on the sexual assault charge. First, the Court’s s. 686(8) residual jurisdiction is triggered by allowing the Crown’s appeal and setting aside the acquittal under s. 686(4)(b). Section 686(8) provides for residual jurisdiction where the appellate

Comme je l’ai expliqué, la réparation habituelle dans des cas comme celui qui nous occupe — où la Couronne a interjeté un appel incident et concilié les verdicts incompatibles en limitant l’erreur de droit à l’acquittal — consiste à maintenir la déclaration de culpabilité et à renvoyer le verdict d’acquittal pour nouvelle instruction. Cependant, eu égard aux circonstances de l’espèce, il est justifié pour la Cour d’ordonner l’arrêt des procédures plutôt que la tenue d’un nouveau procès.

[74] Aux termes du par. 686(8) du *Code criminel*, lorsqu’une cour d’appel exerce « des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige ». Le *Code criminel* confère aussi ce pouvoir à notre Cour (par. 695(1)). Pour qu’une cour d’appel rende une ordonnance en vertu du pouvoir résiduel que lui confère le par. 686(8), trois conditions doivent être réunies (*R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535). Premièrement, la cour doit avoir exercé un des pouvoirs conférés par le par. 686(2), (4), (6) ou (7). Deuxièmement, l’ordonnance rendue doit être accessoire à l’exercice de ce pouvoir. Conformément à la « fin réparatrice générale » qui sous-tend la disposition, notre Cour a adopté une approche souple pour déterminer si l’ordonnance a été rendue « en outre » de l’exercice du pouvoir conféré par la disposition (*R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, par. 30). Plus précisément, il n’est pas nécessaire que l’ordonnance additionnelle devance directement l’exercice du pouvoir (*Hinse*, par. 31-32; voir, p. ex., *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 615-618; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, p. 19-21; *Terlecki c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 483, p. 483-484). Il suffit que l’ordonnance accessoire rendue par la cour d’appel ne soit pas « directement incompatible avec son jugement sous-jacent » (*Thomas*, par. 17; voir aussi *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, par. 72-74). En troisième et dernier lieu, l’ordonnance doit en être une que « la justice exige ».

[75] En l’espèce, les trois conditions justifient que soit ordonné l’arrêt des procédures relativement à l’accusation d’agression sexuelle. Premièrement, l’exercice du pouvoir résiduel que confère à la Cour le par. 686(8) est déclenché par l’admission de l’appel incident formé par la Couronne et la mise de côté

court “exercises any of the powers conferred by subsection . . . (4)”. Allowing an appeal and setting aside the verdict of acquittal constitutes one of those powers. It therefore triggers s. 686(8) jurisdiction even without a further order of new trial (*R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509, at para. 39; *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385, at para. 22).

[76] Consistent with the second requirement, ordering a stay would be ancillary to the triggering power under s. 686(4). Staying the proceeding would not be at direct variance with the judgment setting aside the acquittal. This Court has previously held that an ancillary order is at direct variance with the underlying judgment when an appellate court sets aside a conviction and orders a retrial limited to entering one of two possible convictions (*Warsing*, at para. 73). Because setting aside a conviction returns the accused to a condition of presumptive innocence, an appellate court does not have jurisdiction under s. 686(8) to set aside a conviction and then deny the jury the option of finding the accused not guilty (*Thomas*, at para. 22). However, staying a proceeding is not at odds with setting aside an acquittal. Setting aside an acquittal, like setting aside a conviction, puts the accused in a position of presumptive innocence. As staying a proceeding is tantamount to a finding of not guilty, it is perfectly consistent with the presumptive innocence that attaches when this Court sets aside the acquittal (*R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at pp. 147-48; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594, at p. 1601; *R. v. Puskas*, [1998] 1 S.C.R. 1207, at para. 1). Ordering a stay is therefore “in addition” to — that is, ancillary to — the power exercised under s. 686(4).

[77] Finally, justice requires a stay of this proceeding. Before the Court of Appeal, the Crown represented that it would not seek to retry the sexual assault charge in the event of a retrial order

du verdict d’acquittement au titre de l’al. 686(4)b). Le paragraphe 686(8) confère un pouvoir résiduel à la cour d’appel qui « exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe [ . . . ] (4) ». Admettre un appel et écarter le verdict d’acquittement constituent l’un de ces pouvoirs, lequel déclenche l’exercice du pouvoir conféré par le par. 686(8) sans que la tenue d’un nouveau procès ait été ordonnée (*R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509, par. 39; *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385, par. 22).

[76] Conformément à la deuxième condition, ordonner l’arrêt des procédures serait accessoire à l’exercice du pouvoir conféré par le par. 686(4). L’arrêt des procédures ne serait pas directement incompatible avec le jugement écartant l’acquittement. Notre Cour a déjà statué qu’une ordonnance accessoire est directement incompatible avec le jugement sous-jacent si une cour d’appel annule une déclaration de culpabilité et ordonne la tenue d’un nouveau procès dont l’issue est limitée à l’un des deux verdicts de culpabilité possibles (*Warsing*, par. 73). Puisque l’annulation d’une déclaration de culpabilité rétablit le droit de l’accusé à la présomption d’innocence, une cour d’appel n’a pas le pouvoir, au titre du par. 686(8), d’annuler une déclaration de culpabilité et d’empêcher le jury de déclarer l’accusé non coupable (*Thomas*, par. 22). Cependant, un arrêt des procédures n’est pas incompatible avec la mise de côté d’un acquittement. La mise de côté d’un acquittement, tout comme l’annulation d’une déclaration de culpabilité, rétablit le droit de l’accusé à la présomption d’innocence. Comme un arrêt des procédures équivaut à un verdict de non-culpabilité, il est tout à fait compatible avec le droit à la présomption d’innocence qui est rétabli lorsque notre Cour écarte un acquittement (*R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, p. 147-148; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594, p. 1601; *R. c. Puskas*, [1998] 1 R.C.S. 1207, par. 1). L’arrêt des procédures est donc ordonné « en outre » du — c’est-à-dire accessoire au — pouvoir exercé au titre du par. 686(4).

[77] Enfin, la justice exige l’arrêt des procédures en l’espèce. Devant la Cour d’appel, la Couronne a déclaré qu’elle ne demanderait pas la tenue d’un nouveau procès relativement à l’accusation d’agression

(para. 179, per Rouleau J.A., dissenting). It has repeated that representation before this Court (transcript, at p. 44). Bearing that in mind, I am satisfied that ordering a retrial on the sexual assault charge would needlessly risk an abuse of process application (see *Jewitt*, at p. 148). It would also bring no benefit to the administration of justice. Taking those factors together, justice requires a stay rather than sending the charge back for retrial.

## V. Conclusion

[78] It is incumbent upon the Crown as a participant in the justice system to make the trial process less burdensome, not more. The Crown fails in that regard when it proceeds with duplicative counts. Doing so not only increases the length of the trial; it also places a greater burden on trial judges and juries by increasing, as it does, the complexity of jury instructions (*Rodgerson*, at para. 46). Drafting jury instructions is difficult. Trial judges must deal with pressures to ensure the instructions are comprehensive and comprehensible, despite limited resources and time constraints (*Rodgerson*, at para. 50).

[79] Moreover, as the Court of Appeal majority observed, correctly in my view, the Crown proceeding on duplicative counts, in jury trials such as this one, is a recipe for inconsistent verdicts. Such duplication is particularly illogical where, as here, this Court's decision in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, will result in at least one of the charges being stayed at the sentencing stage. The framework I have described outlines a solution to the problem presented by inconsistent verdicts, but the optimal solution would be for the Crown to avoid needless duplication in the first place (*Rodgerson*, at para. 45).

sexuelle dans l'éventualité où un nouveau procès serait ordonné (par. 179, le juge Rouleau, dissident). Elle a réitéré sa position devant notre Cour (transcription, p. 44). À la lumière de ce qui précède, je suis convaincu qu'ordonner un nouveau procès relativement à l'accusation d'agression sexuelle risquerait inutilement d'entraîner la présentation d'une requête pour abus de procédure (voir *Jewitt*, p. 148). Cela n'apporterait non plus aucun avantage sur le plan de l'administration de la justice. Compte tenu de tous ces facteurs, la justice exige un arrêt des procédures plutôt que le renvoi de l'accusation pour nouvelle instruction.

## V. Conclusion

[78] Il incombe à la Couronne, à titre d'actrice du système de justice, d'alléger le procès, et non de le rendre plus onéreux. La Couronne échoue à cet égard lorsqu'elle intente un procès sur des chefs d'accusation qui se chevauchent. En procédant ainsi, non seulement elle prolonge la durée du procès, mais elle alourdit aussi le fardeau imposé au juge du procès et au jury en augmentant, comme elle le fait, la complexité des directives adressées au jury (*Rodgerson*, par. 46). La rédaction des directives au jury est une tâche difficile. Le juge du procès doit veiller à rédiger des directives à la fois complètes et compréhensibles, malgré les ressources limitées et les contraintes de temps (*Rodgerson*, par. 50).

[79] De plus, comme l'ont fait observer les juges majoritaires de la Cour d'appel, avec raison selon moi, le fait que la Couronne intente un procès sur des chefs d'accusation qui se chevauchent, dans les cas comme celui qui nous occupe, ouvre la porte à des verdicts incompatibles. Un tel chevauchement est particulièrement illogique lorsque, comme en l'espèce, l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, de notre Cour, entraînera l'arrêt des procédures pour au moins un des chefs d'accusation à l'étape de la détermination de la peine. Le cadre que j'ai décrit offre une solution au problème que présentent les verdicts incompatibles, mais la solution idéale serait que la Couronne évite de multiplier inutilement les chefs d'accusation (*Rodgerson*, par. 45).

[80] The Crown's appeal is allowed, the Court of Appeal's order is set aside, and R.V.'s convictions are restored. The acquittal on R.V.'s charge of sexual assault is set aside and the proceeding on that charge is stayed, and the matter is remitted to the Court of Appeal for R.V.'s sentence appeal.

The reasons of Brown and Kasirer JJ. were delivered by

BROWN J. (dissenting in part) —

[81] That the verdicts in this case are inconsistent is not in dispute. What divides us is what to do about it — or, more precisely, what a court *can* and *cannot* do about it. Our jurisprudence and the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, compel an inescapable, if unfortunate, result: a new trial on all three charges. My colleagues find such a result unpalatable — *so* unpalatable, that they seek to escape the otherwise inescapable by effectively overruling aspects of the relevant jurisprudence (notably, *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215), and eliding the limits of the *Code* — indeed, re-writing (or, more accurately, *re-legislating*) one of the *Code*'s limits on curial jurisdiction.

[82] Specifically, my colleagues restore the respondent's convictions on the basis that the verdicts are *not inconsistent in the minds of the jury*, and are therefore reasonable. But this ignores that *the inconsistency* of the verdicts is *the very reason* this appeal is before us. Again, there is no dispute that the verdicts are inconsistent. And yet, the fact of the inconsistency sends my colleagues off on a search to discover why the inconsistency exists. This is possible, they say, because what matters is *not* the actual legal elements of the offences themselves, but *instead* how they were likely understood *in the minds of the jury* — as can best be guessed by the reviewing court. And having pasted together a plausible explanation for why the jury reached inconsistent verdicts, it follows (*ex hypothesi*) that what appear

[80] Le pourvoi de la Couronne est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée, et les déclarations de culpabilité de R.V. sont rétablies. Le verdict d'acquiescement de R.V. relativement à l'accusation d'agression sexuelle est écarté et l'arrêt des procédures est ordonné quant à cette accusation. L'affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle tranche l'appel formé par R.V. à l'égard de la peine.

Version française des motifs des juges Brown et Kasirer rendus par

LE JUGE BROWN (dissident en partie) —

[81] Nul ne conteste l'incompatibilité des verdicts en l'espèce. Ce qui nous divise, c'est ce que nous pouvons y faire — ou, plus précisément, ce qu'un tribunal *peut* y faire et *ne peut pas* y faire. Notre jurisprudence et le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, nous imposent un résultat inéluctable, quoique malheureux : la tenue d'un nouveau procès quant aux trois chefs d'accusation. Mes collègues trouvent ce résultat déplaisant — *tellement* déplaisant qu'ils cherchent à éviter ce qui est inévitable par ailleurs en infirmant de fait des aspects de la jurisprudence pertinente (notamment l'arrêt *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215), et en éludant les limites du *Code* — voire en reformulant (ou, plus exactement, en *relégiférant*) une des limites que le *Code* impose à la compétence des tribunaux.

[82] Plus particulièrement, mes collègues rétablissent les déclarations de culpabilité de l'intimé au motif que les verdicts *ne* sont *pas incompatibles dans l'esprit des jurés* et sont, par conséquent, raisonnables. Toutefois, ce raisonnement ne tient pas compte du fait que *l'incompatibilité* des verdicts *est justement la raison* pour laquelle nous sommes saisis du présent pourvoi. Je le répète : nul ne conteste l'incompatibilité des verdicts. Pourtant, cette incompatibilité pousse mes collègues à se lancer dans une quête pour en découvrir la raison d'être. Ceci est possible, affirment-ils, parce que ce qui importe, ce *ne* sont *pas* les éléments juridiques des infractions elles-mêmes, mais *plutôt* comment ils ont été vraisemblablement compris *dans l'esprit des jurés* — selon les meilleures hypothèses du tribunal de révision. Ayant

to be inconsistent verdicts are no longer inconsistent: they are reconcilable, by pointing to misdirection.

[83] This, however, ignores the appeals scheme of the *Criminal Code* and the law as it stands, which make clear that it simply does not matter why the inconsistency exists, or whether it can be explained away with a “high degree of certainty” (majority reasons, at para. 33). To explain, the *Code* codifies the common law rule of jury secrecy and provides asymmetrical rights of appeal to a convicted person and the Crown (s. 649 and *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344; ss. 675 and 676). These rules inform the remedies available on appeal, which depend on whether an appeal is from a conviction or an acquittal, and whether an appeal is from the verdict of a judge alone or a jury (ss. 686(2) to (4)). To succeed on an appeal from acquittal, the Crown must establish legal error that “might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing” on the verdict (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14). And, of significance here, where the Crown successfully appeals from a verdict of acquittal by a jury, the only available remedy is a new trial (s. 686(4)(b)(i)).

[84] It is plain from this scheme that Parliament’s crafting of the appeals provisions in the *Code* was governed by a fundamental truth about jury trials: we can never know for certain how a jury reached its verdict. A reviewing court can, of course, examine the verdict and the record, including the evidence, the arguments of counsel and the instructions of the trial judge. But a reviewing court cannot inquire into the jury’s reasons for arriving at the verdict (*Pan*, at para. 46). This is why, where the Crown successfully establishes legal error that meets the *Graveline* threshold, a conviction cannot be substituted for the acquittal. Again, Parliament, in specifying a new trial

élaboré tant bien que mal une explication plausible de la raison pour laquelle le jury est arrivé à des verdicts incompatibles, il s’ensuivrait (*par hypothèse*) que les verdicts qui paraissent incompatibles ne le sont plus : ils sont conciliables, pour cause de directives erronées.

[83] Toutefois, ce raisonnement fait abstraction du régime d’appels prévu au *Code criminel* et du droit dans son état actuel, qui prévoient clairement que la raison d’être de l’incompatibilité, ou la question de savoir si l’incompatibilité peut être expliquée avec une « certitude élevée » (motifs majoritaires, par. 33), n’ont tout simplement aucune importance. En clair, le *Code* codifie la règle de common law du secret des délibérations du jury et confère des droits asymétriques d’appel à la personne déclarée coupable et au ministère public (art. 649 et *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344; art. 675 et 76). Ces règles dictent les réparations susceptibles d’être accordées en appel, selon qu’il s’agit de l’appel d’une déclaration de culpabilité ou d’un acquittement, et selon qu’il s’agit du verdict d’un juge seul ou d’un jury (par. 686(2) à (4)). Pour avoir gain de cause en appel d’un acquittement, le ministère public doit établir une erreur de droit dont « il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l’affaire, qu[’elle a] eu une incidence significative » sur le verdict (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14). Qui plus est, et ceci revêt de l’importance en l’espèce, lorsque le ministère public a gain de cause en appel d’un verdict d’acquittal par un jury, la seule réparation possible est la tenue d’un nouveau procès (sous-al. 686(4)(b)(i)).

[84] Il ressort clairement de ce régime que la manière dont le Parlement a élaboré les dispositions du *Code* en matière d’appels a été régie par une vérité fondamentale à propos des procès devant jury : on ne peut jamais savoir avec certitude comment un jury est arrivé à son verdict. Un tribunal de révision peut, bien entendu, examiner le verdict et le dossier, y compris la preuve, les plaidoiries des avocats et les directives du juge du procès. Cependant, un tribunal de révision ne peut pas examiner les raisons pour lesquelles le jury est arrivé à ce verdict (*Pan*, par. 46). Voilà pourquoi, lorsque le ministère public a établi avec succès une erreur de droit qui répond au

as the *sole* remedy, proceeded on the basis that — unlike in a judge alone trial — a reviewing court can only speculate about why the jury acquitted the accused. As a majority of this Court said in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374, it cannot “predict with certainty what happened in the jury room”.

[85] The significance of all of this is as follows: my colleagues think they know the precise effect and extent of the trial judge’s legal error in misdirecting the jury. But while they may *think* they know this (even to the “high degree of certainty” that they claim), and while I may think that my colleagues’ suppositions may well have merit, none of this matters. In crafting the *Code*’s provisions governing appeals from jury verdicts, Parliament did not care about the *degrees* of certainty at the reviewing court. What Parliament thought significant is that the absence of reasons for judgment by a jury means a reviewing court can never be *certain* what was in the minds of the jury. My colleagues undermine that clear legislative intent.

[86] My colleagues’ line of reasoning also does violence to *J.F.* They dispute this, saying that *J.F.* (and, for that matter, *R. v. Pittiman*, 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381) should not be read as precluding the review of jury instructions in assessing the consistency of verdicts. But that is not the issue here, and indeed nobody suggests such a reading. In *Pittiman* and *J.F.*, proper instruction is said to be presumed *for the purposes of determining whether the verdicts are actually legally inconsistent*. This is the basis on which a reviewing court can determine, as here, that a conviction for sexual interference and an acquittal for sexual assault arising out of the same delict are fundamentally inconsistent.

critère de l’arrêt *Graveline*, on ne peut substituer une déclaration de culpabilité à l’acquiescement. Encore une fois, le Parlement, en précisant que la tenue d’un nouveau procès est la *seule* réparation, s’est appuyé sur le fait que — contrairement au procès devant un juge seul — un tribunal de révision ne peut que conjecturer les raisons pour lesquelles le jury a acquitté l’accusé. Comme les juges majoritaires de notre Cour l’ont affirmé dans l’arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 374, il ne peut « prédi[re] avec certitude ce qui s’est passé dans la salle de délibérations ».

[85] L’importance de tout ceci tient à ce qui suit : mes collègues croient connaître l’effet et la portée précis de l’erreur de droit commise par la juge du procès en donnant des directives erronées au jury. Toutefois, bien qu’ils *croient* connaître ceci (même avec la « certitude élevée » qu’ils prétendent avoir), et bien que je puisse penser que les suppositions de mes collègues sont peut-être fondées, rien de tout ceci n’importe. En élaborant les dispositions du *Code* régissant les appels de verdicts rendus par un jury, le Parlement n’accordait aucune importance aux *degrés* de certitude du tribunal de révision. Ce que le Parlement croyait important est que l’absence de motifs de jugement par un jury signifie qu’un tribunal de révision ne peut jamais être *certain* de ce qu’avaient à l’esprit les jurés. Mes collègues contrecarrent cette intention claire du législateur.

[86] Le raisonnement de mes collègues fait en outre entorse à l’arrêt *J.F.* Ils contestent cette thèse, affirmant que l’arrêt *J.F.* (et, tant qu’à y être, *R. c. Pittiman*, 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381) ne doit pas être interprété comme empêchant l’examen des directives au jury dans l’évaluation de la compatibilité des verdicts. Ce n’est toutefois pas ce qui est en litige en l’espèce, et personne ne préconise d’ailleurs une telle interprétation. Dans *Pittiman* et *J.F.*, il est dit que les directives sont présumées être appropriées *pour déterminer si les verdicts sont effectivement incompatibles sur le plan juridique*. Tel est le fondement sur lequel un tribunal de révision peut conclure, comme en l’espèce, qu’une déclaration de culpabilité pour contacts sexuels et un acquiescement pour agression sexuelle découlant du même délit sont fondamentalement incompatibles.

[87] But my colleagues *also* say — and here they *do* run afoul of *J.F.*, their protestations to the contrary notwithstanding — that *J.F.* does not preclude an inquiry into *why* a jury returned inconsistent verdicts, pointing to the absence of a clear error in the jury instructions in that case as explaining why the Court could not embark upon the same inquiry that my colleagues do here. This is a plainly erroneous reading of Fish J.’s reasoning for the Court in that case, where he wrote that “[i]n any event, as a matter of legal process and the legitimacy of verdicts, I would decline to uphold the respondent’s conviction on the ground that it can be reconciled with his acquittal on another count of the same indictment *on the basis of a legal error at trial*” (para. 21 (underlining added)). The insertion of the phrase “in any event” could not be clearer: the existence of a legal error does not reconcile inconsistent verdicts. That is an aspect of *J.F.* which my colleagues, albeit without acknowledging as much, effectively overrule.

[88] The novelty of the framework now developed by my colleagues is revealed in their analogy to the reasoning of Paciocco J.A. in *R. v. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437, wherein he held that “close examination of the trial judge’s reasons for judgment and court record [may provide a] rational or logical basis that can reconcile the verdicts” (para. 28 (emphasis added)). But, as his reasons indicate, that was a case in which *a judge, sitting alone*, rendered inconsistent verdicts. At the risk of stating the obvious, this is inapplicable to juries. But my colleagues are undeterred: “. . . so long as the reviewing court is able to retrace the jury’s reasoning to the high degree of certainty required”, the appellate review is akin to considering the reasons of a trial judge (para. 39 (emphasis added)). But retracing *a jury’s* reasoning, irrespective of the “degree of certainty”, is a type of review that: (1) Parliament has precluded; (2) this Court has never sanctioned; and (3) is, as a practical matter, impossible. On that last point — practical impossibility — my colleagues’ framework requires a reviewing court to be able to “exclude all other reasonable explanations for how

[87] Toutefois, mes collègues *ajoutent* — et, à cet égard, ils vont *effectivement* à l’encontre de l’arrêt *J.F.*, en dépit de leurs protestations au contraire — que l’arrêt *J.F.* n’empêche pas d’examiner *pourquoi* un jury a rendu des verdicts incompatibles, soulignant l’absence d’erreur manifeste dans les directives au jury dans cette affaire comme explication de la raison pour laquelle la Cour ne pouvait pas entreprendre le même examen que mes collègues font en l’espèce. Il s’agit d’une interprétation manifestement erronée du raisonnement du juge Fish dans cette affaire, où ce dernier a écrit, au nom de la Cour, que « [d]e toute manière, pour des raisons tenant au processus judiciaire et à la légitimité des verdicts, je refuserais de confirmer la déclaration de culpabilité de l’intimé au motif *qu’une erreur de droit commise au procès* permet de la concilier avec son acquittement quant à un autre chef figurant dans le même acte d’accusation » (par. 21 (italiques ajoutés)). L’insertion de la formule « de toute manière » ne peut être plus claire : l’existence d’une erreur de droit ne permet pas de concilier des verdicts incompatibles. C’est un aspect de l’arrêt *J.F.* que mes collègues, sans toutefois le reconnaître, infirment en fait.

[88] Le caractère inédit du cadre élaboré aujourd’hui par mes collègues se manifeste dans leur analogie au raisonnement du juge d’appel Paciocco dans *R. c. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437, où ce dernier a statué que [TRADUCTION] « l’examen attentif des motifs de jugement du juge du procès et du dossier du tribunal [peut fournir] un motif rationnel ou logique susceptible de concilier les verdicts » (par. 28 (je souligne)). Toutefois, comme l’indiquent les motifs du juge Paciocco, il s’agissait d’une affaire dans laquelle *un juge, siégeant seul*, avait rendu des verdicts incompatibles. Au risque d’énoncer une évidence, ceci ne s’applique pas aux jurys. Mes collègues ne se laissent cependant pas décourager : “. . . pourvu que le tribunal de révision puisse reconstituer le raisonnement du jury avec la certitude élevée requise », le contrôle en appel est analogue à un examen des motifs du juge du procès (par. 39 (je souligne)). Cependant, la reconstitution du raisonnement *d’un jury*, indépendamment du « degré de certitude », est un type de contrôle (1) que le Parlement a exclu, (2) que notre Cour n’a jamais sanctionné et (3) qui est, en pratique,

the jury rendered its verdicts” (para. 35). But of course, that will never be possible. The best they can do is guess. And here, the possibility that the jury could have nullified or compromised (concluding, for example, that two convictions for approximately the same delict were sufficient, and three excessive) is, on my colleagues’ guess, unreasonable, and thus ruled out.

[89] My colleagues respond by stating that commonplace appellate matters “requir[e] a reviewing court to consider . . . whether [jury members] might reasonably have changed their minds if the trial had unfolded differently” (para. 37), and point to (*inter alia*) the *Graveline* threshold of whether an error might reasonably be thought to have affected the result. This is, of course, true. But that proposition is not what divides us here. Pointing to instances that require reviewing courts to consider whether an error or omission might *reasonably be thought* to have affected the result (and, if so, whether a *new trial* should follow) is a distraction. My colleagues, with respect, are doing something quite different. Specifically, they say that, despite convictions and an acquittal for the same delict, and despite the existence of a legal error at trial, it is possible for them to conclude that the jury *certainly* thought the respondent is guilty. There is a world of difference between an appellate court saying (1) “this error, viewed objectively, may have made a difference to the jury”, and (2) “I know what this jury, viewed subjectively, was thinking”. The latter is unprecedented. Indeed, were this simply the “routine” matter that my colleagues say it is (at para. 38), they would not have to invent a new framework — let alone a new framework that breaks from this Court’s precedent — to do it.

impossible. Sur ce dernier point — l’impossibilité en pratique — le cadre établi par mes collègues exige que le tribunal de révision puisse « exclure toutes les autres explications raisonnables quant à la manière dont le jury a rendu ses verdicts » (par. 35). Toutefois, bien entendu, cela ne sera jamais possible. Le mieux qu’ils puissent faire, c’est deviner. Et, en l’espèce, la possibilité que le jury ait pu prononcer une annulation ou rendre un verdict de compromis (concluant, par exemple, que deux déclarations de culpabilité pour à peu près le même délit suffisaient, et que trois étaient excessives) est, suivant la conjecture de mes collègues, déraisonnable et exclue en conséquence.

[89] Mes collègues répondent en affirmant que chacune de ces questions courantes en matière d’appel « exige du tribunal de révision qu’il examine [. . .] si [les membres du jury] aurai[ent] pu changer d’avis si le procès s’était déroulé autrement » (par. 37), et signalent le critère de l’arrêt *Graveline* suivant lequel le tribunal de révision se demande s’il serait raisonnable de penser que l’erreur a eu une incidence sur le résultat. Cette supposition est certes vraie, mais ce n’est pas ce qui nous divise en l’espèce. Parler de questions qui exigent du tribunal de révision qu’il se demande s’il *est raisonnable de penser* qu’une erreur ou une omission a eu une incidence sur le résultat (et, le cas échéant, si un *nouveau procès* devrait être tenu) ne fait que détourner notre attention. Soit dit en tout respect, mes collègues adoptent une approche très différente. Plus précisément, ils disent que, même si des déclarations de culpabilité et un acquittement ont été prononcés à l’égard du même délit, et même si une erreur de droit a été commise lors du procès, il leur est possible de conclure que le jury croyait *sûrement* que l’intimé était coupable. Il y a une différence énorme entre le fait pour une cour d’appel d’affirmer (1) que « l’erreur en question, considérée objectivement, aurait pu influencer le jury » et le fait de dire (2) « je sais, subjectivement, ce que pensait le jury ». Cette dernière affirmation est sans précédent. En effet, s’il s’agissait d’une considération « courante » comme le soutiennent mes collègues (par. 38), ils n’auraient pas à créer un nouveau cadre — encore moins un nouveau cadre qui rompt avec la jurisprudence de notre Cour.

[90] My colleagues go further still to avoid being taken as having overruled *J.F.* on this point, insisting that nothing in their analysis “suggests that an error of law in the instructions to the jury necessarily makes improper verdicts proper or inconsistent verdicts consistent” — which would, of course, be contradictory to *J.F.* — because “[i]f the error can be isolated to the acquittal, it is not the error itself that reconciles the verdicts, but rather the further determination that the error did not affect the conviction” (para. 40). But there is simply no meaningful difference between (1) finding that an error reconciles inconsistent verdicts, and (2) finding them reconciled by the “determination that the error did not affect the conviction”. Under their framework of analysis, an error is found, the jury’s reasoning is (somehow) carefully retraced and reconstructed, and a determination is made that — in the jury’s minds — the offences were different. The error reconciles the inconsistent verdicts.

[91] My colleagues conclude as much here, finding that in this case “the legal error reconciles the apparent inconsistency” (para. 70). This holding is manifestly inconsistent with *J.F.*, where Fish J. wrote that “[i]mproper instructions do not make . . . inconsistent verdicts consistent” (para. 23). It is also at odds with *Pittiman*, where Charron J. offered the following routes to reconcile potentially inconsistent verdicts in the case of a single accused charged with multiple offences: the offences may be “temporally distinct, or . . . qualitatively different, or dependent on the credibility of different complainants or witnesses” (para. 8). I note the omission in Charron J.’s reasons of any reference to considering jury instructions; indeed, it could not have occurred to her to do so, since (until now) verdicts like those in the case at bar were considered *actually* inconsistent, not *potentially* or *apparently* inconsistent.

[90] Mes collègues vont encore plus loin pour éviter que l’on interprète leurs propos comme ayant infirmé l’arrêt *J.F.* sur ce point, insistant que rien dans leur analyse « ne laisse entendre qu’une erreur de droit dans les directives au jury permet nécessairement de valider des verdicts incorrects ou de remédier à l’incompatibilité des verdicts » — ce qui, bien entendu, ferait entorse à l’arrêt *J.F.* — car « [s]i l’erreur peut être restreinte à l’acquittement, ce n’est pas l’erreur elle-même qui permet de concilier les verdicts, mais plutôt la conclusion selon laquelle l’erreur n’a eu aucune incidence sur la déclaration de culpabilité » (par. 40). Cependant, il n’y a tout simplement aucune différence significative entre (1) conclure qu’une erreur permet de concilier des verdicts incompatibles et (2) constater qu’ils sont conciliés par « la conclusion selon laquelle l’erreur n’a eu aucune incidence sur la déclaration de culpabilité ». Suivant leur cadre d’analyse, une erreur est constatée, le raisonnement du jury est (d’une manière quelconque) soigneusement retracé et reconstitué, et une conclusion est tirée selon laquelle — dans l’esprit des jurés — les infractions étaient différentes. L’erreur permet de concilier les verdicts incompatibles.

[91] Mes collègues arrivent à cette conclusion ici, affirmant qu’en l’espèce, « l’erreur de droit permet de concilier les verdicts apparemment incompatibles » (par. 70). Cette conclusion est manifestement incompatible avec l’arrêt *J.F.*, où le juge Fish a écrit que « [d]es directives inappropriées n’ont pas pour effet de [. . .] remédier à l’incompatibilité des verdicts » (par. 23). Cette conclusion est également contraire à l’arrêt *Pittiman*, dans lequel la juge Charron a proposé les voies suivantes pour concilier des verdicts potentiellement incompatibles dans le cas d’un accusé inculpé de plusieurs infractions : la possibilité que les infractions « n’ont pas été commises en même temps ou [. . .] diffèrent sur le plan qualitatif ou dépendent de la crédibilité de divers plaignants ou témoins » (par. 8). Je souligne que dans ses motifs, la juge Charron n’a nullement mentionné l’examen des directives au jury : de fait, elle ne pouvait pas envisager cette possibilité, puisque (jusqu’à maintenant), les verdicts comme ceux en l’espèce étaient considérés comme *réellement* incompatibles, et non *potentiellement* ou *apparemment* incompatibles.

[92] In restoring the respondent's convictions, my colleagues say that this will be a rare result. I disagree. The result they reach is an invitation to routine speculation into the reasoning process of the jury, something (again) that the *Criminal Code* — by its provisions regarding Crown appeals from jury verdicts — specifically precludes. It will invite confirmation bias: the verdicts are inconsistent and the jury was misdirected, and so therefore the misdirection must explain away the inconsistency. Just as importantly, it does not discourage the Crown from over-charging or drafting confusing indictments; if anything, it does the opposite, by eliminating any consequences. None of this is desirable — and yet, by ignoring the clear requirements of this Court's judgments and the *Criminal Code*, this is precisely what my colleagues' reasons will achieve.

[93] I turn, then, to the question of the remedy to be given here. Where a convicted person establishes that jury verdicts are unreasonable on the basis of inconsistency, a new trial will usually be the appropriate remedy (*Pittiman*, at para. 14). The only other available remedy is an acquittal (s. 686(2)(a)). Which remedy is appropriate depends entirely on the outcome of the Crown appeal from acquittal.

[94] When deciding a Crown appeal from an acquittal by a jury, an appellate court may either (1) dismiss the appeal, or (2) allow the appeal, set aside the verdict, and order a new trial (s. 686(4)). Where the Crown can establish legal error that might reasonably be thought to have affected the result (*Graveline*, at para. 14), the remedy of a new trial — and the unavailability of a substituted guilty verdict — is consistent with the *Criminal Code*, the common law, and the intention of Parliament.

[92] En rétablissant les déclarations de culpabilité de l'intimé, mes collègues affirment que ce résultat se produira rarement. Je ne suis pas d'accord. Le résultat auquel ils arrivent est une invitation à se livrer couramment à des conjectures quant au processus de raisonnement du jury, un exercice (je le rappelle) que le *Code criminel* — par ses dispositions relatives aux appels de verdicts d'un jury interjetés par le ministère public — exclut expressément. Il incitera au biais de confirmation suivant : les verdicts sont incompatibles et le jury a reçu des directives erronées, tant et si bien que s'il y a incompatibilité, c'est forcément à cause des directives erronées. Tout aussi important, il ne dissuade pas le ministère public d'avoir recours à la multiplicité des accusations ou de rédiger des actes d'accusation portant à confusion; en réalité, il fait l'inverse, en éliminant toute conséquence. Rien de ceci n'est souhaitable — et pourtant, en faisant abstraction des exigences non équivoques de la jurisprudence de notre Cour et du *Code criminel*, c'est précisément le résultat que produiront les motifs de mes collègues.

[93] J'aborde maintenant la question de la réparation qu'il y a lieu d'accorder en l'espèce. Lorsqu'une personne déclarée coupable établit que les verdicts du jury sont déraisonnables pour cause d'incompatibilité, la tenue d'un nouveau procès sera habituellement la réparation appropriée (*Pittiman*, par. 14). La seule autre réparation possible est l'acquittal (al. 686(2)a)). La réparation qu'il convient d'accorder dépend entièrement de l'issue de l'appel de l'acquittal interjeté par le ministère public.

[94] Lorsqu'elle est saisie de l'appel formé par le ministère public contre un acquittal par un jury, une cour d'appel peut soit (1) rejeter l'appel, soit (2) accueillir l'appel, annuler le verdict et ordonner la tenue d'un nouveau procès (par. 686(4)). Lorsque le ministère public peut établir une erreur de droit dont il serait raisonnable de penser qu'elle a eu une incidence sur le résultat (*Graveline*, par. 14), la réparation qui consiste à tenir un nouveau procès — et l'impossibilité de substituer un verdict de culpabilité — est conforme au *Code criminel*, à la common law et à l'intention du Parlement.

[95] My colleagues strain to avoid this reality, but it comes down to this: the law provides an answer to the very situation before us. Since *Pittiman* and *J.F.*, the law has not changed. The only thing that has changed is that my colleagues are now presented with a case where they find the law's operation leads to a result which they are unable to accept. But their reasoning ignores the legal process and legitimacy of verdicts concerns underlying *J.F.* and *Pittiman*.

[96] My colleagues rely on ss. 686(4)(b) and 686(8) to allow the Crown appeal and enter a stay. While s. 686(8) empowers an appellate court, where exercising the powers under s. 686(4), to “make any order, in addition, that justice requires”, my colleagues depart from the strictures of this provision. My colleagues are not making an *additional* order under s. 686(4), but are instead making an *alternative* order. This is unsanctioned by the *Criminal Code*. In exercising a power not found in s. 686, my colleagues are legislating themselves a discretion that Parliament did not.

[97] It is of course true that in *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509, Fish J. held, in *obiter*, that, with respect to s. 686(4), “an appellate court need not order a new trial or enter a verdict of guilty in order to trigger the application of s. 686(8)” (para. 39). In that case, Fish J. concluded that s. 686(8) authorizes an appellate court to order a *continuation* of a trial, as opposed to a *new* trial. It is also true that s. 686(8) allows an appellate court to enter a stay when an acquittal is set aside but further proceedings would constitute an abuse of process (*R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, at paras. 22-23). But s. 686(8) still requires that the order be fundamentally ancillary and supplemental — not *alternative* — and not at direct variance with the underlying

[95] Mes collègues s'évertuent à éviter cette réalité, mais elle revient à ceci : le droit fournit une réponse à la situation précise dont nous sommes saisis. Depuis les arrêts *Pittiman* et *J.F.*, le droit n'a pas changé. La seule chose qui a changé est que mes collègues sont maintenant en présence d'une affaire où ils estiment que l'application du droit mène à un résultat qu'ils sont incapables d'accepter. Toutefois, leur raisonnement fait abstraction du processus judiciaire et des préoccupations quant à la légitimité des verdicts qui sous-tendent les arrêts *J.F.* et *Pittiman*.

[96] Mes collègues s'appuient sur l'al. 686(4)b) et le par. 686(8) pour accueillir le pourvoi du ministère public et ordonner l'arrêt des procédures. Bien que le par. 686(8) habilite une cour d'appel, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère le par. 686(4), à « en outre rendre toute ordonnance que la justice exige » (ou, dans la version anglaise, « *make any order, in addition, that justice requires* »), mes collègues vont au-delà des contraintes de cette disposition. Mes collègues ne rendent pas une ordonnance *additionnelle* à ce qui est prévu au par. 686(4); ils rendent plutôt une *autre* ordonnance. Cela n'est pas permis par le *Code criminel*. En exerçant un pouvoir qui n'est pas prévu à l'art. 686, mes collègues se légifèrent eux-mêmes un pouvoir discrétionnaire que le Parlement ne leur a pas conféré.

[97] Certes, il est vrai que dans l'arrêt *R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509, le juge Fish a conclu, dans une remarque incidente, qu'en ce qui a trait au par. 686(4), « la cour d'appel n'a pas à ordonner un nouveau procès ni à consigner un verdict de culpabilité pour que s'applique le par. 686(8) » (par. 39). Dans cette affaire, le juge Fish a conclu que le par. 686(8) autorise une cour d'appel à ordonner la *continuation* d'un procès, par opposition à un *nouveau* procès. Il est également vrai que ce paragraphe autorise une cour d'appel à ordonner l'arrêt des procédures lorsqu'un acquittement est écarté, mais que la poursuite du procès constituerait un abus de procédure (*R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, par. 22-23). Cependant, le par. 686(8) exige

judgment (*Hinse*, at para. 31; *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535, at para. 17).

[98] My colleagues find that those requirements are met here because a stay is tantamount to a finding of not guilty which, they say, is perfectly consistent with the position of presumptive innocence to which the respondent is restored following the setting aside of the acquittal. But this fails to account for the majority's underlying judgment in this case, which *also* includes restoring convictions for *the same delict* on the basis that they were untainted by legal error. Issuing an order that is tantamount to a finding of not guilty — and one that purports to restore the presumptive innocence of the respondent — is totally inconsistent with the majority's underlying judgment that affirms the respondent's guilt of the very same criminal conduct.

[99] In entering a stay, my colleagues rely on the assurance of the Crown that it would not proceed with a new trial on the sexual assault charge. This assurance, however, has no legal significance whatsoever. Had the Crown not made this assurance, what would my colleagues have done? In fairness, I acknowledge they attempt to answer this. In a normal case — in which the Crown has appealed an inconsistent acquittal and not made any assurances of not pursuing a new trial, and where a reviewing court can isolate the effects of a legal error to the acquittal and conclude that the conviction is unaffected — my colleagues say the solution should be to send the acquittal back for a retrial, leaving the conviction to stand. They acknowledge that the issue of *res judicata*, including the plea of *autrefois convict* and s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, might arise. But with respect, this ignores the problem that my colleagues' framework creates. Where an accused chooses not to plead *autrefois convict* or raise a s. 11(h) challenge (and absent the Crown's assurance that it will not proceed with a new trial), my colleagues' solution places the accused in jeopardy for an offence for which he or she already

tout de même que l'ordonnance ait un caractère fondamentalement accessoire et supplémentaire — et non *alternatif* — et qu'il ne soit pas directement incompatible avec le jugement sous-jacent (*Hinse*, par. 31; *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535, par. 17).

[98] Mes collègues concluent que ces conditions sont réunies en l'espèce, puisqu'un arrêt des procédures équivaut à un verdict de non-culpabilité qui, selon eux, est tout à fait compatible avec le droit de l'intimé à la présomption d'innocence qui est rétabli après la mise de côté de l'acquittal. Toutefois, cela ne tient pas compte du jugement sous-jacent de la majorité en l'espèce, qui comprend *aussi* le rétablissement de déclarations de culpabilité pour *le même délit* du fait que celles-ci n'ont pas été viciées par une erreur de droit. Le prononcé d'une ordonnance qui équivaut à un verdict de non-culpabilité — une ordonnance qui, de surcroît, est censée rétablir la présomption d'innocence de l'intimé — est tout à fait incompatible avec le jugement sous-jacent de la majorité qui confirme la culpabilité de l'intimé pour exactement le même comportement criminel.

[99] En ordonnant l'arrêt des procédures, mes collègues s'appuient sur l'engagement du ministère public de ne pas tenter de nouveau procès sur l'accusation d'agression sexuelle. Toutefois, cet engagement n'a pas la moindre importance sur le plan juridique. Si le ministère public n'avait pas pris cet engagement, qu'auraient fait mes collègues? En toute justice, je reconnais qu'ils tentent de répondre à cette question. Dans une situation normale — où le ministère public a interjeté appel d'un acquittal incompatible et ne s'est pas engagé à ne pas tenter de nouveau procès, et où le tribunal de révision peut isoler les effets d'une erreur de droit à l'acquittal et conclure que la déclaration de culpabilité n'est pas touchée — mes collègues affirment qu'il y aurait lieu de renvoyer l'acquittal pour la tenue d'un nouveau procès et de confirmer par le fait même la déclaration de culpabilité. Ils reconnaissent que la question de l'autorité de la chose jugée, y compris le plaidoyer d'*autrefois convict* et l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, peuvent se présenter. Or, j'estime, en toute déférence, qu'une telle interprétation ne tient pas compte du problème que crée le cadre proposé par mes collègues. Lorsque

stands convicted, raising the prospect of — if a trial actually proceeds — a jury rendering inconsistent verdicts once again.

[100] That said, I am content with my colleagues' proposal to leave the question of the necessity of a Crown appeal undecided until that issue comes squarely before us.

[101] Appellate courts like ours operate within certain statutory constraints when deciding a Crown appeal from an acquittal by a jury. It is for this reason that, on an appeal from acquittal by a jury, this Court has described the question as merely whether a misdirection “might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal” (*Graveline*, at para. 14). This also explains why Parliament's chosen remedy, where that threshold is met, is a new trial.

[102] Of course, my colleagues' difficulty in ordering a new trial on the sexual assault charge is that they also wish to restore the convictions for sexual interference and invitation to sexual touching, which are plainly inconsistent with the acquittal. But avoiding this difficulty is precisely why this Court has previously described the appropriate disposition in these circumstances — that is, where the Crown has appealed from an acquittal on the basis that it is inconsistent with a conviction on another charge — as being a new trial on *all* charges (*Pittiman*, at para. 14; *J.F.*, at paras. 40-41).

l'accusé choisit de ne pas invoquer le plaidoyer d'autrefois convict ou de présenter une contestation fondée sur l'al. 11*h*) (et en l'absence d'engagement du ministère public de ne pas tenter de nouveau procès), la solution de mes collègues met l'accusé en péril pour une infraction dont il a déjà été déclaré coupable, ce qui crée la possibilité — si un procès avait effectivement lieu — qu'un jury rende de nouveau des verdicts incompatibles.

[100] Cela dit, je suis d'accord avec la proposition de mes collègues de laisser en suspens la question de la nécessité d'un appel formé par le ministère public jusqu'à ce que cette question nous soit nettement soumise.

[101] Les cours d'appel comme la nôtre sont assujetties à certaines contraintes légales lorsqu'elles tranchent un appel formé par le ministère public contre un acquittement par un jury. C'est pour cette raison qu'en appel d'un acquittement par un jury, notre Cour a décrit la question comme consistant simplement à savoir si une directive erronée en est une dont « il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, qu'elle a] eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement » (*Graveline*, par. 14). Ceci explique aussi pourquoi la réparation qu'a choisie le Parlement, lorsque ce critère est respecté, est la tenue d'un nouveau procès.

[102] Bien entendu, la difficulté qu'ont mes collègues à ordonner la tenue d'un nouveau procès quant à l'accusation d'agression sexuelle est qu'ils souhaitent également rétablir les déclarations de culpabilité pour contacts sexuels et incitation à des contacts sexuels, qui sont manifestement incompatibles avec l'acquittement. Toutefois, c'est justement pour éviter cette difficulté que notre Cour a précédemment décrit le dispositif approprié dans une telle situation — à savoir, lorsque le ministère public a interjeté appel d'un acquittement parce qu'il est incompatible avec une déclaration de culpabilité quant à une autre accusation — est la tenue d'un nouveau procès relativement à *toutes* les accusations (*Pittiman*, par. 14; *J.F.*, par. 40-41).

[103] That is what is required here. I agree with my colleagues that the jury was misdirected in this case on the basis of the confusing charge, the discrepancy between the decision tree and the verdict sheet, the fact that common assault was said to be an available verdict, and overreliance on model jury instructions (*R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272, at para. 8; *R. v. Rodgerson*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760, at para. 51). I also agree that this misdirection amounted to legal error that might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal (*Graveline*, at para. 14). It follows that the only available remedy in response to the Crown appeal is the order of a new trial. But to order a new trial on one count and not the others is to put the respondent in jeopardy for something for which he was convicted (and then, following the Court of Appeal for Ontario decision, acquitted). I would therefore allow the appeal in part and order a new trial on all three charges.

*Appeal allowed, BROWN and KASIRER JJ. dissenting in part.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Lockyer Campbell Posner, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Michael Dineen, Toronto.*

[103] Voilà le résultat qui s'impose en l'espèce. Je conviens avec mes collègues que le jury a reçu des directives erronées en l'espèce par suite de l'exposé portant à confusion, de la divergence entre l'arbre décisionnel et la feuille de verdict, du fait que les voies de fait simples ont été présentées comme un verdict possible et du recours excessif aux directives modèles au jury (*R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272, par. 8; *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760, par. 51). Je suis également d'accord pour dire que ces directives erronées équivalaient à une erreur de droit dont il serait raisonnable de penser qu'elle a eu une incidence significative sur l'acquittal (*Graveline*, par. 14). Il s'ensuit que la seule réparation possible en réponse à l'appel du ministère public est l'ordonnance de la tenue d'un nouveau procès. Toutefois, ordonner la tenue d'un nouveau procès quant à un chef d'accusation et non quant aux autres aurait pour effet de placer l'intimé en péril pour quelque chose dont il a été déclaré coupable (puis acquitté, à la suite du jugement de la Cour d'appel de l'Ontario). Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès quant aux trois chefs d'accusation.

*Pourvoi accueilli, les juges BROWN et KASIRER sont dissidents en partie.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Lockyer Campbell Posner, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le Procureur général de l'Alberta : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Michael Dineen, Toronto.*