

Gregory Ernest Last *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LAST

Neutral citation: 2009 SCC 45.

File No.: 32809.

2009: March 27; 2009: October 15.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Joinder and severance — Accused charged with several counts arising from two sexual assaults committed at different times against different complainants — Whether trial judge erred in dismissing application for severance.

The accused was charged in one indictment with counts related to two sexual assaults and breaches of undertakings. Both assaults occurred in the same city, approximately one month apart. S.M. testified that, after attending a night club with the accused, she went to his home in order to call a taxi. She testified that once inside the accused's home, he held her at gunpoint, choked her and repeatedly sexually assaulted her. M.A. testified that the accused accompanied a mutual friend to her apartment. After the friend left, the accused struck her across the forehead with a mug and choked her into unconsciousness. She was sexually assaulted with an object while unconscious. The accused applied to sever the counts in order to be tried separately in respect to each sexual assault. The trial judge denied the application. He found that there was a nexus in time and place but observed that he was "not persuaded that, at trial, the question of prejudice will be a significant factor at all" since "a modern jury should be able to handle the instructions given by [him] to avoid any meaningful possibility of prejudice". He did not put much weight on a statement by defence counsel that the accused might wish to testify on counts related to one incident but not the other. He held that the case was not complex, and that the possibility of inconsistent verdicts did "not loom large". This led him to conclude that

Gregory Ernest Last *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. LAST

Référence neutre : 2009 CSC 45.

N° du greffe : 32809.

2009 : 27 mars; 2009 : 15 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Cromwell.

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

Droit criminel — Procès — Réunion des chefs d'accusation et procès distincts — Accusé inculpé de plusieurs chefs d'accusation se rapportant à deux agressions sexuelles commises à différents moments contre deux plaignantes — Le juge de première instance a-t-il fait erreur en rejetant la demande de séparation des chefs d'accusation?

L'accusé a été inculpé, dans un seul acte d'accusation, de chefs d'accusation se rapportant à deux agressions sexuelles et de chefs d'accusation de manquement à un engagement. Les deux agressions se sont produites dans la même ville, à environ un mois d'intervalle. S.M. a témoigné qu'après avoir passé la soirée dans une boîte de nuit avec l'accusé elle est allée chez lui pour appeler un taxi. Elle a déclaré qu'une fois chez lui il l'a tenue sous la menace d'une arme à feu, l'a étouffée et l'a agressée sexuellement à maintes reprises. M.A. a témoigné que l'accusé a raccompagné une amie commune à son appartement. Après le départ de l'amie, l'accusé l'a frappée au front avec une tasse et l'a étouffée jusqu'à ce qu'elle perde connaissance. Elle a été agressée sexuellement au moyen d'un objet alors qu'elle était sans connaissance. L'accusé a demandé la séparation des chefs d'accusation afin de subir son procès séparément sur chacune des agressions sexuelles. Le juge de première instance a rejeté la demande. Il a estimé qu'il y avait un lien quant au moment et quant à l'endroit, mais a fait observer qu'il n'était « pas convaincu qu'au procès la question du préjudice sera un facteur important » car « un jury moderne devrait être capable de se servir des directives qui lui sont données par lui pour éviter toute possibilité de préjudice significative ». Il n'a pas accordé beaucoup d'importance à la déclaration de l'avocat de la défense que

the interests of justice did not require severance in this case. At trial, the accused was convicted on all charges and a majority of the Court of Appeal upheld the convictions.

Held: The appeal should be allowed. The convictions should be set aside. The matter should be remitted to the Superior Court and the counts related to each complainant should be tried separately.

Section 591 of the *Criminal Code*, which governs the joinder of counts in an indictment, except for murder, places no restrictions on the number of counts that can be tried together on a single indictment. However, s. 591(3)(a) permits a court to order that the accused be tried separately on one or more of the counts where it is satisfied that the interests of justice so require. There are two grounds for intervention: unjudicial severance ruling or a ruling that results in an injustice. An inquiry into whether a judge acted unjudicially examines the circumstances prevailing at the time the severance ruling was made, while a review of whether the ruling resulted in an injustice will usually scrutinize the unfolding of the trial and of the verdicts. When deciding whether to sever counts, courts balance the risk of prejudice to the accused and the public's interest in a single trial. Factors that may be weighed when deciding whether or not to sever include prejudice to the accused, the legal and factual nexus between the counts, the complexity of the evidence, whether the accused intends to testify on one count but not another, the possibility of inconsistent verdicts, the desire to avoid a multiplicity of proceedings, the use of similar fact evidence at trial, the length of the trial having regard to the evidence to be called, the potential prejudice to the accused with respect to the right to be tried within a reasonable time and the existence of antagonistic defences as between co-accused persons. [13-15] [17-18]

In this case, the trial judge failed to conduct a proper balancing of the relevant factors and made an

l'accusé pourrait vouloir témoigner à l'égard des chefs d'accusation liés à l'un des événements mais pas à l'autre. Il a jugé que l'affaire n'était pas complexe et que la question de la possibilité de verdicts incompatibles « n'avait pas beaucoup de poids ». Cela l'a amené à conclure que les intérêts de la justice n'exigeaient pas en l'espèce la séparation des chefs d'accusation. Au procès, l'accusé a été déclaré coupable de tous les chefs d'accusation et la Cour d'appel, à la majorité, a confirmé les déclarations de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Les déclarations de culpabilité sont annulées. L'affaire est renvoyée devant la Cour supérieure et les chefs d'accusation relatifs à chacune des plaignantes doivent être instruits séparément.

L'article 591 du *Code criminel*, qui régit la réunion des chefs d'accusation dans un acte d'accusation, à l'exception du meurtre, n'impose aucune restriction quant au nombre de chefs d'accusation qui peuvent être instruits ensemble dans un seul acte d'accusation. Toutefois, en vertu de l'al. 591(3)a), le tribunal peut ordonner que l'accusé subisse son procès séparément sur un ou plusieurs chefs d'accusation lorsqu'il est convaincu que les intérêts de la justice l'exigent. Il existe deux motifs d'intervention : une décision contraire aux normes judiciaires en matière de séparation de chefs d'accusation et une décision qui a causé une injustice. Pour déterminer si le juge a agi contrairement aux normes judiciaires, il faut analyser la situation qui a cours au moment où la décision en matière de séparation de chefs d'accusation est rendue, alors que pour déterminer si la décision a causé une injustice, il faut habituellement examiner le déroulement du procès, y compris le prononcé du verdict. Lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu de séparer les chefs d'accusation, les tribunaux mettent en balance le risque de préjudice pour l'accusé et l'intérêt de la société à ce qu'il y ait un seul procès. Au nombre des facteurs qui peuvent être appréciés quand il s'agit de décider de séparer ou non les chefs d'accusation figurent le préjudice causé à l'accusé, le lien juridique et factuel entre les chefs d'accusation, la complexité de la preuve, la question de savoir si l'accusé entend témoigner à l'égard d'un chef d'accusation, mais pas à l'égard d'un autre, la possibilité de verdicts incompatibles, le désir d'éviter multiplicité des instances, l'utilisation de la preuve de faits similaires au procès, la durée du procès compte tenu de la preuve à produire, le préjudice que l'accusé risque de subir quant au droit d'être jugé dans un délai raisonnable et l'existence de moyens de défense diamétralement opposés entre coaccusés. [13-15] [17-18]

En l'espèce, le juge de première instance n'a pas effectué une pondération adéquate des facteurs

unreasonable decision in denying the application for severance. All the factors must be considered and weighed cumulatively and most of them militated in favour of separate trials. Although the accused was likely to testify in respect to both assaults, the risk of prejudice to the accused in having a joint trial was significant because of the dangers of credibility cross-pollination and prohibited propensity reasoning. Furthermore, there were no compelling countervailing reasons for having a joint trial. This case did not pose a risk of inconsistent verdicts, nor any substantial overlap in witness testimony or other evidence. The nexus of time and place between the counts did not explain why it was necessary, desirable or convenient to try the cases together. A joint trial did not serve any truth-seeking interest and brought few if any benefits to the administration of justice. Considering the unlikelihood of a successful similar fact application, the gains in judicial economy usually achieved from avoiding multiple proceedings were absent in this case. Although a limiting instruction to the jury in an appropriate case can limit the risk of prejudice to the accused, courts should resort to limiting instructions only where sufficient countervailing factors provide a rationale for a joint trial. The significant risk of prejudice to the accused clearly outweighed any benefits to the administration of justice in trying the counts together. [41] [44-47]

This is not a case where the curative proviso should be applied. The Crown has not discharged its burden that despite the error of law, no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. [48]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Kestenberg* (1959), 126 C.C.C. 387, leave to appeal refused, [1960] S.C.R. x; *R. v. Grondkowski* (1946), 31 Cr. App. R. 116; *R. v. Rose* (1997), 100 O.A.C. 67; *R. v. E. (L.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 228; *R. v. Cross* (1996), 112 C.C.C. (3d) 410; *R. v. Cuthbert* (1996), 106 C.C.C. (3d) 28, aff'd [1997] 1 S.C.R. 8 (*sub nom. R. v. C. (D.A.)*); *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26.

pertinents et a rendu une décision déraisonnable en rejetant la demande de séparation des chefs d'accusation. Tous les facteurs doivent être pris en considération et soupesés cumulativement. La plupart des facteurs dans la présente affaire militaient en faveur d'instructions distinctes. Bien que l'accusé eût probablement témoigné à l'égard des deux agressions, le risque qu'il subisse un préjudice par suite d'une instruction conjointe était néanmoins important en raison du danger que l'évaluation de la crédibilité dans un dossier pollinise l'autre et du danger de raisonnement interdit fondé sur la propension. De plus, aucun motif impérieux ne militait en faveur d'une instruction conjointe. La présente affaire ne comportait aucun risque de verdicts incompatibles ni aucun chevauchement substantiel dans les témoignages et les autres preuves. Le lien quant au moment et quant à l'endroit entre les chefs d'accusation ne justifie pas qu'il soit nécessaire, souhaitable ou pratique d'instruire les affaires ensemble. En effet, la tenue d'une instruction conjointe n'a pas servi l'intérêt de la recherche de la vérité et n'a guère apporté d'avantage sur le plan de l'administration de la justice. Vu la faible possibilité qu'une demande de preuve de faits similaires soit accueillie, l'économie des ressources judiciaires qu'on réalise habituellement en évitant la tenue d'instances multiples était nulle en l'espèce. Même si les directives restrictives adressées au jury peuvent, lorsque le cas s'y prête, limiter le risque de préjudice pour l'accusé, les tribunaux ne devraient y recourir que s'il y a suffisamment de facteurs opposés qui militent en faveur d'une instruction conjointe. L'important risque de préjudice pour l'accusé l'emportait nettement sur tout avantage que pourrait représenter sur le plan de l'administration de la justice la réunion des chefs d'accusation. [41] [44-47]

Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas d'application de la disposition réparatrice. Le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de prouver que, malgré l'erreur de droit, aucun tort important n'a été commis et aucune erreur judiciaire grave ne s'est produite. [48]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Kestenberg* (1959), 126 C.C.C. 387, autorisation de pourvoi refusée, [1960] R.C.S. x; *R. c. Grondkowski* (1946), 31 Cr. App. R. 116; *R. c. Rose* (1997), 100 O.A.C. 67; *R. c. E. (L.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 228; *R. c. Cross*, [1996] J.Q. n° 3761 (QL); *R. c. Cuthbert* (1996), 106 C.C.C. (3d) 28, conf. par [1997] 1 R.C.S. 8 (*sub nom. R. c. C. (D.A.)*); *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 591.

Authors Cited

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Carswell: Toronto, 2009.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, Lang and Juriansz JJ.A.), 2008 ONCA 593, 91 O.R. (3d) 561, 236 C.C.C. (3d) 231, [2008] O.J. No. 3208 (QL), 2008 CarswellOnt 4833, upholding the accused's convictions. Appeal allowed.

Clayton C. Ruby and Gerald J. Chan, for the appellant.

Lisa Joyal, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DESCHAMPS J. —

1. Introduction

[1] The Crown enjoys a large discretion in deciding to include more than one count in an indictment (s. 591(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46). On an application to sever a multi-count indictment, the overarching criteria are the interests of justice. This appeal raises the issue of whether a trial judge erred in dismissing an application to sever. In my view, he did.

1.1 *Overview*

[2] The appellant, Gregory Ernest Last, was charged in one indictment with counts related to two incidents involving sexual assaults on two victims and with two counts of breach of undertaking. Prior to trial, he applied for an order that the counts related to each sexual assault be severed and that a separate trial be held with respect to each incident. The trial judge, Killeen J., denied the severance application and proceeded to try all counts

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 591.

Doctrine citée

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Carswell: Toronto, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Feldman, Lang et Juriansz), 2008 ONCA 593, 91 O.R. (3d) 561, 236 C.C.C. (3d) 231, [2008] O.J. No. 3208 (QL), 2008 CarswellOnt 4833, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé. Pourvoi accueilli.

Clayton C. Ruby et Gerald J. Chan, pour l'appellant.

Lisa Joyal, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE DESCHAMPS —

1. Introduction

[1] Le ministère public jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour décider d'inclure plus d'un chef d'accusation dans un acte d'accusation (par. 591(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46). Dans le cadre d'une demande de séparation des chefs d'accusation compris dans un acte d'accusation, les intérêts de la justice constituent le critère primordial. Il s'agit de déterminer en l'espèce si le juge de première instance a commis une erreur en rejetant une demande de séparation de chefs d'accusation. À mon avis, il a commis une erreur.

1.1 *Aperçu*

[2] L'appellant, Gregory Ernest Last, a été inculpé, dans un seul acte d'accusation, d'un certain nombre de chefs d'accusation se rapportant à deux agressions sexuelles commises contre deux victimes et de deux chefs d'accusation de manquement à un engagement. Avant le procès, il a demandé que soit prononcée une ordonnance de séparation des chefs d'accusation liés à chacune des agressions sexuelles et la tenue d'un procès distinct pour chacun des

together. Mr. Last was convicted on all charges. A dangerous offender application was dismissed and he was sentenced to 22.5 years' imprisonment. Mr. Last appealed both his convictions and his sentence to the Ontario Court of Appeal but his appeal was dismissed, *Juriansz J.A. dissenting* (2008 ONCA 593, 91 O.R. (3d) 561).

[3] Mr. Last appeals his conviction as of right to this Court on the issue of whether the trial judge erred in dismissing his application for severance. Mr. Last was also granted leave to appeal on the issue of whether the trial judge erred in failing to instruct the jury against propensity reasoning.

[4] For the reasons that follow, I would allow the appeal on the ground that the trial judge erred in failing to conduct an appropriate balancing exercise of all factors relevant to the severance order. I would set aside the convictions and remit the matter to the Superior Court for the counts related to each victim to be tried separately.

1.2 *Factual Background*

[5] The first incident occurred in the early hours of September 27, 2003 and involved the alleged sexual assault of S.M. Mr. Last had accepted S.M.'s invitation to join her at a night club on the night of her 19th birthday. At the end of the night, a friend of S.M. offered them a ride home from the night club. When they arrived at Mr. Last's home, S.M. informed Mr. Last that she would not be accompanying him. Mr. Last refused to get out of the car unless S.M. got out with him. Not wanting to inconvenience her friend, whose parents had imposed a curfew, S.M. decided to get out of the car and call a

incidents. Le juge Killeen, siégeant en première instance, a rejeté la demande de séparation des chefs d'accusation et a procédé à l'instruction de l'ensemble des chefs d'accusation. Monsieur Last a été déclaré coupable de tous les chefs d'accusation. Une demande de déclaration de délinquant dangereux a été rejetée et il a été condamné à une peine de 22 ans et demi d'emprisonnement. Devant la Cour d'appel de l'Ontario, M. Last a appelé des deux déclarations de culpabilité et de la peine prononcées contre lui, mais son appel a été rejeté, avec dissidence de la part du juge Juriansz (2008 ONCA 593, 91 O.R. (3d) 561).

[3] Monsieur Last se pourvoit maintenant de plein droit devant la Cour contre sa déclaration de culpabilité sur la question de savoir si le juge de première instance a fait erreur en rejetant sa demande de séparation des chefs d'accusation. Il a également été autorisé à porter en appel la question de savoir si le juge de première instance a eu tort de ne pas avoir mis le jury en garde contre un raisonnement fondé sur la propension.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. J'estime que le juge de première instance a commis une erreur en ne pondérant pas comme il se doit tous les facteurs qui présentent un intérêt pour l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation. Je suis d'avis d'annuler les déclarations de culpabilité et de renvoyer l'affaire devant la Cour supérieure pour que les chefs relatifs à chacune des victimes soient instruits séparément.

1.2 *Le contexte factuel*

[5] Le premier événement a eu lieu aux petites heures du matin du 27 septembre 2003. Il s'agissait d'une agression sexuelle qui aurait été commise sur S.M. Monsieur Last avait accepté l'invitation de S.M. d'aller la rejoindre dans une boîte de nuit le soir de ses 19 ans. À la fin de la soirée, une amie de S.M. leur a offert de les reconduire en voiture à la maison. Lorsqu'ils sont arrivés à la maison de M. Last, S.M. a dit à ce dernier qu'elle n'entrerait pas chez lui. Monsieur Last a refusé de sortir de la voiture, sans S.M. Comme elle ne voulait pas causer d'ennuis à son amie, dont les parents avait imposé

taxi from Mr. Last's home. S.M. testified that once she was inside his home, Mr. Last pulled out a gun and held it to her forehead. According to S.M., Mr. Last then proceeded to choke her and repeatedly sexually assault her orally, vaginally and anally. S.M. eventually escaped once Mr. Last fell asleep.

[6] The next morning S.M. related the events to her sister, who noticed red marks on S.M.'s neck. When S.M. went to the hospital two days later she had no visible injuries. A witness for the Crown testified that she had seen Mr. Last with a gun on three occasions. Mr. Last testified to consensual sex with S.M. and denied owning a gun.

[7] The second incident occurred approximately one month later and involved the alleged sexual assault of a 32-year-old woman, M.A. After midnight on the night of October 29, 2003, Mr. Last accompanied one of M.A.'s friends to M.A.'s apartment. This was the first time M.A. had met Mr. Last. After introductions and a brief conversation over a cup of tea, the friend got up to leave to go to a bar. Mr. Last refused to accompany her because he did not have enough money or proper identification to go to a bar. After a brief discussion, it was agreed that Mr. Last would stay behind with M.A. and wait for the friend's return. At one point, once the friend had left, Mr. Last went to the kitchen to get more tea and came back with his mug and sat down. According to M.A., Mr. Last then stood up and struck her across the forehead with a tea mug. M.A. testified that he grabbed her throat with both hands and started choking her until she was unconscious. When M.A. eventually awoke, she had a seizure. Once she recovered from the seizure she realized she was naked and covered in blood. M.A. managed to wrap a towel around herself and exit her apartment, which had been locked from the outside. M.A. sought help from the superintendents of her apartment building, who immediately called the police. M.A. identified Mr. Last as her assaulter.

une heure de rentrée, S.M. a décidé de sortir de la voiture et elle a appelé un taxi à partir de la maison de M. Last. Elle a témoigné que, dès qu'elle fut entrée dans sa maison, M. Last a sorti une arme à feu et l'a braquée sur son front. Selon elle, M. Last s'est mis à l'étouffer et à lui imposer à maintes reprises des actes de sexualité orale, vaginale et anale. S.M. s'est échappée après que M. Last se soit endormi.

[6] Le lendemain matin, S.M. a raconté les événements à sa sœur, qui a remarqué des marques rouges sur le cou de S.M. Lorsque celle-ci s'est rendue à l'hôpital deux jours plus tard, aucune blessure n'était visible. Un témoin à charge a déclaré avoir vu M. Last avec une arme à feu à trois reprises. Celui-ci a affirmé avoir eu une relation sexuelle consensuelle avec S.M. et a nié posséder une arme à feu.

[7] Le second événement s'est produit environ un mois plus tard. Il s'agissait d'une présumée agression sexuelle contre M.A., une femme de 32 ans. Le 29 octobre 2003, peu après minuit, M. Last a accompagné l'une des amies de M.A. à l'appartement de cette dernière. C'était la première fois que M.A. le rencontrait. Après les présentations et une brève conversation autour d'une tasse de thé, l'amie s'est levée pour partir et aller dans un bar. Monsieur Last a refusé de l'accompagner parce qu'il n'avait pas assez d'argent ni les pièces d'identité nécessaires pour aller dans un bar. Après une brève discussion, il a été convenu que M. Last resterait avec M.A. et attendrait le retour de l'amie. À un certain moment, après le départ de celle-ci, M. Last est allé dans la cuisine pour se resservir en thé, puis il est revenu avec sa tasse et s'est assis. Selon M.A., M. Last s'est ensuite levé et l'a frappée au front avec sa tasse. Elle a témoigné qu'il l'a prise à la gorge avec ses deux mains et qu'il a commencé à l'étouffer jusqu'à ce qu'elle perde connaissance. Lorsqu'elle a enfin repris conscience, elle fut prise de convulsions. Après s'être remise de ses convulsions, elle s'est rendu compte qu'elle était nue et couverte de sang. Elle a réussi à s'envelopper d'une serviette et elle est sortie de son appartement, qui avait été verrouillé de l'extérieur. Elle a demandé de l'aide aux gardiens de son immeuble, qui ont immédiatement appelé la police. M.A. a identifié M. Last comme étant son agresseur.

[8] M.A. suffered extensive injuries that included vaginal and anal assault with an object. She bore numerous bruises, including one of 12 cm x 10 cm on the eye, and abrasions, including tears to the hymenal tissues and anus. M.A.'s blood was found on numerous sites in her apartment, including the floor, wall and couch in her living room.

[9] Mr. Last testified that he left shortly after his friend because M.A. was expecting a visit from a male acquaintance. Mr. Last's defence counsel noted that cell phone records indicated that Mr. Last had at most a 20-minute window of opportunity to commit the assault. Defence counsel argued that M.A.'s memory was unreliable due to the trauma she had suffered and that the likely perpetrator was her ex-boyfriend.

1.3 *Decisions of the Courts Below*

[10] A pre-trial severance application was denied by the trial judge, Killeen J. He found that there was a nexus in time and place because "[t]he incidents giving rise to the charges only occurred roughly one month apart" in the same city. He then observed that he was "not persuaded that, at trial, the question of prejudice will be a significant factor at all" since "a modern jury should be able to handle the instructions given by [him] to avoid any meaningful possibility of prejudice" (A.R., at p. 79). He did not put much weight on the statement by defence counsel that the accused might wish to testify on counts related to one incident but not the other because he found "that point was taken so vaguely as not to constitute a significant factor" (A.R., at p. 80). He also noted that the case was not complex, and that the possibility of inconsistent verdicts did "not loom large". This led him to conclude that the interests of justice did not require severance in this case.

[8] M.A. a subi de graves blessures, notamment des lésions vaginales et anales infligées au moyen d'un objet. Elle avait de nombreuses ecchymoses, dont une de 12 cm x 10 cm dans la région de l'œil, ainsi que des déchirures, notamment au niveau du tissu hyménéal et de l'anus. Son sang a été trouvé à de nombreux endroits de son appartement, notamment sur le plancher, le mur et le divan de son salon.

[9] Selon le témoignage de M. Last, il a quitté peu après le départ de son amie parce que M.A. attendait la visite d'un ami. Son avocat a souligné que, d'après les relevés de téléphone cellulaire, M. Last disposait d'au plus 20 minutes pour commettre l'agression. L'avocat a soutenu que la mémoire de M.A. n'était pas fiable à cause du traumatisme qu'elle avait subi et que l'auteur du crime était probablement son ancien petit ami.

1.3 *Les décisions des juridictions inférieures*

[10] En première instance, le juge Killeen a rejeté la demande de séparation des chefs d'accusation avant instruction. Il a estimé qu'il y avait un lien quant au moment et quant à l'endroit parce que [TRADUCTION] « [l]es événements ayant donné lieu aux accusations se sont produits à environ un mois d'intervalle » dans la même ville. Il a ensuite fait observer qu'il n'était [TRADUCTION] « pas convaincu qu'au procès la question du préjudice sera un facteur important » car [TRADUCTION] « un jury moderne devrait être capable de se servir des directives qui lui sont données par lui pour éviter toute possibilité de préjudice significative » (d.a., p. 79). Il n'a pas accordé beaucoup d'importance à la déclaration de l'avocat de la défense que l'accusé pourrait vouloir témoigner à l'égard des chefs d'accusation liés à l'un des événements mais pas à l'autre, parce qu'il a conclu que [TRADUCTION] « ce point avait été soulevé de façon si vague qu'il ne constituait pas un facteur important » (d.a., p. 80). Il a également souligné que l'affaire n'était pas complexe et que la question de la possibilité de verdicts incompatibles [TRADUCTION] « n'avait pas beaucoup de poids ». Cela l'a amené à conclure que les intérêts de la justice n'exigeaient pas en l'espèce la séparation des chefs d'accusation.

[11] On appeal to the Court of Appeal for Ontario, Mr. Last raised numerous grounds of appeal, including that the trial judge erred in denying severance and that he failed to properly instruct the jury not to use prohibited propensity reasoning. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal. Juriansz J.A. dissented on the ground that the trial judge erred in assessing the weight of the relevant factors and their cumulative effect on the interests of justice.

2. Issues

[12] This appeal raises the issue of whether the trial judge acted unjudicially in dismissing the severance application. The appellant also contends that the trial judge's decision resulted in an injustice and that he erred in failing to warn the jury against propensity reasoning. The Crown maintains that there is no error in the decision not to sever and that if any error was committed, the curative proviso should be applied. Given my conclusion that the trial judge acted unjudicially in his weighing of the relevant factors in the severance application, it will not be necessary to discuss the appellant's other grounds. Moreover, this is not, in my view, a case where the curative proviso can be applied.

3. Analysis

3.1 *The Severance Application*

[13] Section 591 of the *Criminal Code* governs the joinder of counts in an indictment:

591. (1) [Joinder of counts] Subject to section 589, any number of counts for any number of offences may be joined in the same indictment, but the counts shall be distinguished in the manner shown in Form 4.

[11] En appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, M. Last a invoqué de nombreux moyens d'appel, notamment le fait que le juge de première instance avait commis une erreur en refusant la séparation des chefs d'accusation et n'avait pas, comme il se devait, indiqué au jury qu'il ne peut se servir d'un raisonnement fondé sur la propension. La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté l'appel. Le juge Juriansz était dissident au motif que le juge de première instance avait commis une erreur dans l'appréciation du poids des facteurs pertinents et de leur effet cumulatif sur les intérêts de la justice.

2. Les questions en litige

[12] Il s'agit en l'espèce de décider si le juge de première instance a agi contrairement aux normes judiciaires en rejetant la demande de séparation des chefs d'accusation. L'appellant soutient également que la décision du juge a donné lieu à une injustice et que celui-ci a commis une erreur en ne mettant pas le jury en garde contre les raisonnements fondés sur la propension. Le ministère public affirme qu'il n'y a aucune erreur dans la décision de ne pas séparer les chefs d'accusation et que, si une erreur a été commise, il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice. Compte tenu de ma conclusion que le juge de première instance a agi contrairement aux normes judiciaires dans l'appréciation des facteurs présentant un intérêt pour la demande de séparation des chefs d'accusation, il ne sera pas nécessaire d'examiner les autres moyens d'appel de l'appellant. De plus, selon moi, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où il convient d'appliquer la disposition réparatrice.

3. L'analyse

3.1 *La demande de séparation des chefs d'accusation*

[13] L'article 591 du *Code criminel* régit la réunion des chefs d'accusation dans un acte d'accusation :

591. (1) [Réunion des chefs d'accusation] Sous réserve de l'article 589, un acte d'accusation peut contenir plusieurs chefs d'accusation visant plusieurs infractions, mais ils doivent être distingués de la façon prévue par la formule 4.

(2) [Each count separate] Where there is more than one count in an indictment, each count may be treated as a separate indictment.

(3) [Severance of accused and counts] The court may, where it is satisfied that the interests of justice so require, order

(a) that the accused or defendant be tried separately on one or more of the counts; and

(b) where there is more than one accused or defendant, that one or more of them be tried separately on one or more of the counts.

(4) [Order for severance] An order under subsection (3) may be made before or during the trial but, if the order is made during the trial, the jury shall be discharged from giving a verdict on the counts

(a) on which the trial does not proceed; or

(b) in respect of the accused or defendant who has been granted a separate trial.

[14] It is noteworthy that, save for murder, s. 591(1) of the *Code* places no restrictions on the number of counts that can be tried together on a single indictment. Under s. 591(3)(a), however, a court may order that the accused be tried separately on one or more of the counts “where it is satisfied that the interests of justice so require”. As noted by this Court in *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, the absence of specific guidelines for granting severance requires that deference be afforded to a trial judge’s ruling to the extent that he or she acts judicially and the ruling does not result in an injustice:

The criteria for when a count should be divided or a severance granted are contained in ss. 590(3) and 591(3) of the *Code*. These criteria are very broad: the court must be satisfied that the ends or interests of justice require the order in question. Therefore, in the absence of stricter guidelines, making an order for the division or severance of counts requires the exercise of a great deal of discretion on the part of the issuing judge. The decisions of provincial appellate courts have held, and I

(2) [Chaque chef d’accusation est distinct] Lorsqu’un acte d’accusation comporte plus d’un chef, chaque chef peut être traité comme un acte d’accusation distinct.

(3) [Procès distincts pour chaque chef d’accusation ou pour chaque accusé] Lorsqu’il est convaincu que les intérêts de la justice l’exigent, le tribunal peut ordonner :

a) que l’accusé ou le défendeur subisse son procès séparément sur un ou plusieurs chefs d’accusation;

b) s’il y a plusieurs accusés ou défendeurs, qu’ils subissent leur procès séparément sur un ou plusieurs chefs d’accusation.

(4) [Ordonnance en vue d’un procès distinct] Une ordonnance visée au paragraphe (3) peut être rendue avant ou pendant le procès, mais dans ce dernier cas, le jury est dispensé de rendre un verdict sur les chefs d’accusation :

a) soit à l’égard desquels le procès ne suit pas son cours;

b) soit concernant l’accusé ou le défendeur appelé à subir un procès séparé.

[14] Il convient de souligner que, à l’exception du meurtre, le par. 591(1) du *Code* n’impose aucune restriction quant au nombre de chefs d’accusation qui peuvent être instruits ensemble dans un seul acte d’accusation. Toutefois, en vertu de l’al. 591(3)a), le tribunal peut ordonner que l’accusé subisse son procès séparément sur un ou plusieurs chefs d’accusation « [l]orsqu’il est convaincu que les intérêts de la justice l’exigent ». Comme la Cour l’a souligné dans *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, l’absence de lignes directrices spécifiques en matière de séparation des chefs d’accusation exige que l’on fasse preuve de retenue à l’égard de la décision du juge de première instance tant que celui-ci agit selon les normes judiciaires et que sa décision ne cause aucune injustice :

Les critères applicables pour déterminer quand il y a lieu de diviser des chefs d’accusation ou de les séparer sont énoncés aux par. 590(3) et 591(3) du *Code*. Ces critères sont très larges : le tribunal doit être convaincu que les fins ou les intérêts de la justice exigent l’ordonnance en question. Par conséquent, à défaut de lignes directrices plus rigoureuses, le juge doit, pour rendre une ordonnance de division ou de séparation des chefs d’accusation, exercer un large pouvoir discrétionnaire.

agree, that an appellate court should not interfere with the issuing judge's exercise of discretion unless it is shown that the issuing judge acted unjudicially or that the ruling resulted in an injustice. [Emphasis added; pp. 353-54.]

[15] The Court in *Litchfield* integrated the long accepted two separate grounds for intervention: an unjudicial severance ruling or a ruling that resulted in an injustice (see, for example, *R. v. Kestenberg* (1959), 126 C.C.C. 387 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1960] S.C.R. x; and *R. v. Grondkowski* (1946), 31 Cr. App. R. 116 (C.A.), at pp. 119-20). These two grounds involve different inquiries. While the determination of whether the judge acted unjudicially calls for an inquiry into the circumstances prevailing at the time it was made, the review of whether the ruling resulted in an injustice will usually entail scrutiny that includes the unfolding of the trial and of the verdicts (*R. v. Rose* (1997), 100 O.A.C. 67, at para. 17).

[16] The ultimate question faced by a trial judge in deciding whether to grant a severance application is whether severance is required in the interests of justice, as per s. 591(3) of the *Code*. The interests of justice encompass the accused's right to be tried on the evidence admissible against him, as well as society's interest in seeing that justice is done in a reasonably efficient and cost-effective manner. The obvious risk when counts are tried together is that the evidence admissible on one count will influence the verdict on an unrelated count.

[17] Courts have given shape to the broad criteria established in s. 591(3) and have identified factors that can be weighed when deciding whether to sever or not. The weighing exercise ensures that a reasonable balance is struck between the risk of prejudice to the accused and the public interest in

Les cours d'appel provinciales ont décidé, ce à quoi je souscris, qu'une cour d'appel ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui a rendu l'ordonnance, à moins qu'il ne soit démontré que ce juge n'a pas agi judiciairement ou que sa décision a causé une injustice. [Je souligne; p. 353-354.]

[15] Dans *Litchfield*, la Cour a intégré les deux motifs distincts d'intervention acceptés depuis longtemps en matière de séparation de chefs d'accusation : une décision contraire aux normes judiciaires ou une décision qui a causé une injustice (voir, par exemple, *R. c. Kestenberg* (1959), 126 C.C.C. 387 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1960] R.C.S. x; *R. c. Grondkowski* (1946), 31 Cr. App. R. 116 (C.A.), p. 119-120). Ces deux motifs impliquent des analyses différentes. Même s'il est nécessaire d'analyser la situation qui a cours au moment où la décision est rendue pour déterminer si le juge a agi contrairement aux normes judiciaires, il faut habituellement examiner le déroulement du procès, y compris le prononcé du verdict, pour savoir si la décision a causé une injustice (*R. c. Rose* (1997), 100 O.A.C. 67, par. 17).

[16] Selon le par. 591(3) du *Code*, l'ultime question à laquelle se trouve confronté le juge de première instance lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu de donner suite à une demande de séparation de chefs d'accusation est celle de savoir si les intérêts de la justice exigent une telle séparation. Les intérêts de la justice englobent le droit de l'accusé d'être jugé en fonction de la preuve admissible contre lui, ainsi que l'intérêt de la société à ce que justice soit rendue d'une manière raisonnablement efficace, compte tenu des coûts. Le risque évident que comporte l'instruction des chefs d'accusation réunis est que la preuve admissible à l'égard d'un chef influencera le verdict sur un chef non lié.

[17] Les tribunaux ont concrétisé les critères généraux établis au par. 591(3) et ont dégagé des facteurs qui peuvent être appréciés quand il s'agit de décider de séparer ou non les chefs d'accusation. L'exercice d'appréciation permet d'établir un équilibre raisonnable entre le risque de préjudice pour

a single trial. It is important to recall that the interests of justice often call for a joint trial. *Litchfield*, where the Crown was prevented from arguing the case properly because of an unjudicial severance order, is but one such example. Severance can impair not only efficiency but the truth-seeking function of the trial.

[18] The factors identified by the courts are not exhaustive. They simply help capture how the interests of justice may be served in a particular case, avoiding an injustice. Factors courts rightly use include: the general prejudice to the accused; the legal and factual nexus between the counts; the complexity of the evidence; whether the accused intends to testify on one count but not another; the possibility of inconsistent verdicts; the desire to avoid a multiplicity of proceedings; the use of similar fact evidence at trial; the length of the trial having regard to the evidence to be called; the potential prejudice to the accused with respect to the right to be tried within a reasonable time; and the existence of antagonistic defences as between co-accused persons: *R. v. E. (L.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 228 (Ont. C.A.), at p. 238; *R. v. Cross* (1996), 112 C.C.C. (3d) 410 (Que. C.A.), at p. 419; *R. v. Cuthbert* (1996), 106 C.C.C. (3d) 28 (B.C.C.A.), at para. 9, aff'd [1997] 1 S.C.R. 8 (*sub nom. R. v. C. (D.A.)*).

[19] Mr. Last focusses his submission on the first *Litchfield* ground for intervention. He contends that the trial judge acted unjudicially in dismissing the severance application and that the ruling resulted in an injustice. More particularly, he contends that the trial judge erred in principle by dismissing his intention to testify on one set of counts and not the other as vague, failing to reasonably weigh the absence of benefits to the administration of justice of having the counts tried together, and concluding that the prejudice he suffered was insignificant. He submits that the reasonable weighing of

l'accusé et l'intérêt de la société à ce qu'il y ait un seul procès. Il importe de rappeler que les intérêts de la justice exigent souvent la tenue d'une instruction conjointe. L'arrêt *Litchfield*, dans lequel le ministère public a été empêché de plaider la cause de façon appropriée en raison d'une ordonnance de séparation contraire aux normes judiciaires, est un exemple. La séparation peut nuire non seulement à l'efficacité, mais aussi à la fonction de recherche de la vérité du procès.

[18] Les facteurs relevés par les tribunaux ne sont pas exhaustifs. Ils aident seulement à dégager la façon dont les intérêts de la justice peuvent être servis dans un cas particulier et à éviter qu'une injustice soit commise. Les facteurs que les tribunaux utilisent à bon droit sont notamment les suivants : le préjudice causé à l'accusé, le lien juridique et factuel entre les chefs d'accusation, la complexité de la preuve, la question de savoir si l'accusé entend témoigner à l'égard d'un chef d'accusation, mais pas à l'égard d'un autre, la possibilité de verdicts incompatibles, le désir d'éviter multiplicité des instances, l'utilisation de la preuve de faits similaires au procès, la durée du procès compte tenu de la preuve à produire, le préjudice que l'accusé risque de subir quant au droit d'être jugé dans un délai raisonnable et l'existence de moyens de défense diamétralement opposés entre coaccusés : *R. c. E. (L.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 228 (C.A. Ont.), p. 238; *R. c. Cross*, [1996] J.Q. n° 3761 (QL) (C.A.), par. 39; *R. c. Cuthbert* (1996), 106 C.C.C. (3d) 28 (C.A.C.-B.), par. 9, conf. par [1997] 1 R.C.S. 8 (*sub nom. R. c. C. (D.A.)*).

[19] Monsieur Last centre son argument sur le premier motif d'intervention énoncé dans *Litchfield*. Il affirme que le juge de première instance a agi contrairement aux normes judiciaires en rejetant la demande de séparation des chefs d'accusation et que la décision a causé une injustice. En particulier, il soutient que le juge a commis une erreur de principe, d'une part, en rejetant — au motif qu'elle était vague — son intention de témoigner à l'égard de seulement un des deux ensembles de chefs d'accusation, n'ayant pas ainsi apprécié raisonnablement l'absence d'avantages sur le plan de

the relevant factors can only lead to a conclusion that the counts ought to be severed.

[20] The Crown submits that the trial judge acted judicially in deciding that the interests of justice did not require severance in Mr. Last's case. The Crown submits that there was a diminished risk of prejudice to Mr. Last arising from a single trial of the multiple counts and, moreover, that it was open to the trial judge not to sever the counts since any prejudice could be minimized through an appropriate jury instruction limiting the use of evidence.

[21] Since the trial judge enjoys a broad discretion in deciding whether to sever or not, a reviewing court should only intervene on the ground of unjudicial ruling if the judge erred on a question of law or made an unreasonable decision. I will review first the accused's submission that the dismissal of his intention to testify resulted in an unjudicial ruling and then turn to the prejudicial effect of trying all counts together, and the minimal benefits of a joint trial to the administration of justice. I will end the analysis by reviewing the weighing exercise conducted by the trial judge.

3.2 *The Accused's Intention to Testify*

[22] During submissions at the severance hearing, defence counsel indicated to the trial judge that "There is a larger probability or greater probability . . . that the accused would testify with respect to [the S.M.] charge than on the other charge which is dependent more heavily on other evidence" (A.R., at p. 51). The trial judge nevertheless found that the

l'administration de la justice qui découlent de l'instruction conjointe des chefs d'accusation et, d'autre part, en concluant que le préjudice subi était négligeable. Selon M. Last, l'appréciation raisonnable des facteurs pertinents ne peut mener qu'à la conclusion que les chefs d'accusation devraient être séparés.

[20] Le ministère public affirme que le juge de première instance a agi conformément aux normes judiciaires en décidant que les intérêts de la justice n'exigent pas la séparation des chefs d'accusation dans le cas de M. Last. Selon lui, le risque que celui-ci subisse un préjudice du fait de la tenue d'un seul procès pour des chefs d'accusation multiples était atténué et, de plus, il était loisible au juge de première instance de ne pas séparer les chefs d'accusation puisque tout préjudice pouvait être minimisé grâce à des directives au jury qui limitent l'utilisation de la preuve.

[21] Comme le juge de première instance jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour décider s'il doit ou non séparer les chefs, le tribunal de révision ne doit intervenir au motif qu'il s'agit d'une décision contraire aux normes judiciaires que si le juge a commis une erreur sur une question de droit ou a rendu une décision déraisonnable. J'examinerai d'abord le moyen invoqué par l'accusé selon lequel le rejet de son intention de témoigner a donné lieu à une décision contraire aux normes judiciaires, puis l'effet préjudiciable occasionné par l'instruction de tous les chefs d'accusation dans un seul procès et les avantages minimes que représente sur le plan de l'administration de la justice une instruction conjointe. Je terminerai l'analyse par un examen de l'exercice d'appréciation effectué par le juge de première instance.

3.2 *L'intention de l'accusé de témoigner*

[22] Au cours des plaidoiries à l'audience sur la séparation des chefs d'accusation, l'avocat de la défense a fait savoir au juge de première instance qu'[TRADUCTION] « il était plus probable [. . .] que l'accusé témoigne à l'égard de l'accusation [relative à S.M.] plutôt qu'à l'égard de l'autre accusation, qui dépendait davantage d'autres éléments de preuve »

“point was taken so vaguely as not to constitute a significant factor in this case” (A.R., at p. 80).

[23] Before this Court the parties raise the issue of the appropriate weight to give, on a severance motion, to the accused’s intention to testify. Mr. Last submits that severance should be “strongly favoured” where the following two requirements are met: (1) the accused expresses an intention to testify on one count but not the other; and (2) the accused provides an explanation for that intention that is objectively justifiable. In his view, *Charter* values support this twofold approach. Mr. Last submits that he satisfied both requirements in this case and that the trial judge erred in principle by not giving this factor any weight.

[24] The Crown submits that in order for an accused’s intention to testify to be given significant weight on a severance application, the following requirements must be met: the accused should assert a clear and positive intention to testify on some counts and not others; and the accused should provide a sufficient explanation as to why she or he intends to testify on some counts and not others. With respect to the first requirement, the Crown submits that it should be open to a trial judge to give little or no weight to a simple assertion on the part of an accused of an intention to testify on some counts and not others. The Crown rejects a test that would make the assertion of an intention to testify a determining factor. With respect to the second requirement, the Crown notes that the burden lies with the accused to convince the trial judge on the balance of probabilities that the interests of justice require severance. Accordingly, the accused ought to be required to demonstrate why his or her testimonial intention should be given significant weight on the motion.

(d.a., p. 51). Le juge a néanmoins conclu que le [TRADUCTION] « point avait été soulevé de façon tellement vague qu’il ne constituait pas un facteur important en l’espèce » (d.a., p. 80).

[23] Devant la Cour, les parties soulèvent la question du poids à accorder, dans le cadre d’une requête en instruction séparée, à l’intention de l’accusé de témoigner. Monsieur Last fait valoir que la séparation des chefs d’accusation doit être [TRADUCTION] « fortement favorisée » lorsque les deux exigences suivantes sont satisfaites : (1) l’accusé exprime son intention de témoigner à l’égard de seulement un des deux chefs d’accusation; (2) l’accusé fournit une explication objectivement justifiable quant à cette intention. Selon lui, les valeurs exprimées dans la *Charte* appuient cette approche à deux volets. Il soutient qu’il a satisfait aux deux exigences en l’espèce et que le juge de première instance a commis une erreur de principe en n’accordant aucun poids à ce facteur.

[24] Le ministère public affirme toutefois que, dans le cadre d’une demande de séparation de chefs d’accusation, pour qu’il soit accordé un poids important à l’intention de l’accusé de témoigner, les exigences suivantes doivent être respectées : l’accusé doit faire part d’une intention claire et arrêtée de témoigner à l’égard de seulement certains chefs d’accusation; l’accusé doit expliquer de façon satisfaisante pourquoi il entend procéder ainsi. S’agissant de la première exigence, le ministère public soutient qu’il devrait être libre au juge de première instance d’accorder peu ou pas de poids à une simple déclaration de l’accusé quant à son intention de témoigner à l’égard de seulement certains chefs d’accusation. Le ministère public rejette un critère qui ferait d’une déclaration d’intention de témoigner un facteur déterminant. Pour ce qui est de la seconde exigence, il souligne qu’il incombe à l’accusé de convaincre le juge de première instance, selon la prépondérance des probabilités, que les intérêts de la justice exigent la séparation des chefs d’accusation. À ce titre, l’accusé devrait être tenu de démontrer pourquoi, dans le cadre de la requête, il faudrait accorder un poids important à son intention de témoigner.

[25] In assessing the accused's testimonial intention on a severance application the underlying concern is for the accused's ability to control his defence, and, more specifically, his right to decide whether or not to testify with respect to each of the counts unimpaired by inappropriate constraints.

[26] Both the Crown and the defence submit that the accused's intention should be objectively justifiable. This requirement is, indeed, a threshold. The accused's expression should have both a subjective and an objective component. However, while a formulaic expression of a subjective intention is not sufficient in and of itself to discharge the accused's burden to have the counts severed, the trial judge should not substitute his or her own view for that of the accused and determine that the accused should testify or not. Rather, the trial judge must simply satisfy him- or herself that the circumstances objectively establish a rationale for testifying on some counts but not others. The burden on the accused is to provide the trial judge with sufficient information to convey that, objectively, there is substance to his testimonial intention. The information could consist of the type of potential defences open to the accused or the nature of his testimony: *Cross*, at p. 421. However, the accused is not bound by his stated intention; he remains free to control his defence, as the case unfolds, in a manner he deems appropriate.

[27] While an accused's provisional intention with respect to testifying is certainly a consideration which should be given significant weight, it is but one factor to be balanced with all the others. An accused's stated and objectively justifiable intention to testify on some but not all counts is not necessarily determinative of a severance application. It can be counterbalanced by other circumstances that the judge finds may prevent the accused from testifying, or be outweighed by factors that

[25] Dans le cadre d'une demande de séparation de chefs d'accusation, lorsqu'on évalue l'intention de l'accusé de témoigner, la préoccupation sous-jacente est la capacité de celui-ci à contrôler sa défense et, plus précisément, son droit de décider s'il témoignera ou non à l'égard de chacun des chefs d'accusation, et ce, sans subir quelque restriction que ce soit à cet égard.

[26] Le ministère public et la défense affirment tous deux que l'intention de l'accusé doit être objectivement justifiable. Cette exigence constitue, en effet, un seuil. L'expression par l'accusé de son intention doit avoir à la fois une composante subjective et une composante objective. Cependant, même si l'expression superficielle d'une intention subjective ne suffit pas en soi à libérer l'accusé de la charge de demander la séparation des chefs d'accusation, le juge de première instance ne doit pas substituer son opinion à celle de l'accusé et décider que celui-ci doit ou non témoigner. Le juge de première instance doit plutôt être tout simplement convaincu que les circonstances établissent objectivement une raison pour témoigner à l'égard de seulement certains chefs d'accusation. Le fardeau qui incombe à l'accusé consiste à fournir au juge de première instance assez de renseignements pour transmettre le message que, objectivement, son intention de témoigner est bien fondée. Les renseignements pourraient être le type de moyens de défense que l'accusé peut invoquer ou la nature de son témoignage : *Cross*, par. 50. Toutefois, l'accusé n'est pas lié par son intention déclarée; il demeure libre, au fur et à mesure que l'instruction avance, de contrôler sa défense de la façon qu'il juge appropriée.

[27] Certes, l'intention provisoire d'un accusé au sujet de son témoignage mérite qu'on lui accorde un poids important, mais elle n'est qu'un des facteurs qui doit être soupesé par rapport aux autres. Son intention déclarée et objectivement justifiable de témoigner à l'égard de seulement certains chefs d'accusation n'est pas nécessairement déterminante dans une demande de séparation de chefs d'accusation. Elle peut être contrebalancée par d'autres circonstances qui, selon le juge, peuvent empêcher

demonstrate that the interests of justice require a joint trial.

[28] During the severance hearing counsel for the defence explained to the trial judge, albeit briefly, that Mr. Last was more likely to testify in respect of the S.M. counts since the issue was whether the sexual intercourse was consensual or not, and was therefore highly dependent on S.M.'s word against Mr. Last's. Defence counsel at trial did not further elaborate on Mr. Last's position, other than to say that the M.A. counts were "dependent more heavily on other evidence". However, the suggestion before the Court of Appeal and this Court was that Mr. Last was less likely to testify with respect to the M.A. counts since they involved an issue of identification.

[29] While defence counsel could reasonably argue that the M.A. counts called for a distinct theory of the case from the S.M. counts, it is to be noted that the likelihood Mr. Last may feel strategically compelled to testify with respect to the M.A. counts as well as the S.M. counts could not be discounted. The Crown's evidence implicating Mr. Last on the M.A. counts was not insignificant given Mr. Last's admission that he was in her apartment just prior to the assault and M.A.'s identification of Mr. Last as her assailant. It was thus fairly probable he would have to testify in order to put forward his theory of the case — that it was someone else who entered M.A.'s apartment and committed the assault. Such a testimonial outcome was discernable at the time of the severance application.

[30] I conclude that although Mr. Last's intention to testify on one set of counts and not the other was objectively justifiable, it did not constitute, in this

l'accusé de témoigner ou même peser moins lourd dans la balance que des facteurs qui démontrent que les intérêts de la justice exigent la tenue d'une instruction conjointe.

[28] Au cours de l'audience sur la séparation des chefs d'accusation, l'avocat de la défense a expliqué au juge de première instance, quoique brièvement, que M. Last était plus susceptible de témoigner à l'égard des chefs d'accusation relatifs à S.M. car la question en litige consistait à savoir si les rapports sexuels avaient été consensuels ou non et dépendait donc en grande partie de la parole de S.M. contre celle de M. Last. L'avocat de la défense au procès ne s'est pas étendu davantage sur la position de M. Last. Il s'est contenté d'affirmer que les chefs d'accusation relatifs à M.A. [TRADUCTION] « dépendaient davantage d'autres éléments de preuve ». Toutefois, en Cour d'appel et maintenant devant la Cour, on a laissé entendre que M. Last était moins susceptible de témoigner à l'égard des chefs d'accusation relatifs à M.A. car ils comportaient une question d'identification.

[29] Bien que l'avocat de la défense pût raisonnablement soutenir que la thèse pour les chefs d'accusation relatifs à M.A. doit être distincte de celle pour les chefs d'accusation relatifs à S.M., il convient de souligner qu'on ne peut écarter la probabilité que M. Last ait pu se sentir obligé, du point de vue stratégique, de témoigner à l'égard des chefs d'accusation relatifs à M.A. ainsi qu'à l'égard de ceux relatifs à S.M. La preuve du ministère public incriminant M. Last quant aux chefs d'accusation relatifs à M.A. n'était pas négligeable compte tenu de l'aveu de M. Last qu'il se trouvait dans l'appartement de cette dernière juste avant l'agression et compte tenu du fait que M.A. l'a identifié comme étant son agresseur. Il était donc assez probable qu'il ait à témoigner pour avancer sa thèse — à savoir que c'est une autre personne qui est entrée dans l'appartement de M.A. et qui a commis l'agression. Cette éventualité était prévisible au moment du dépôt de la demande de séparation des chefs d'accusation.

[30] Je conclus que, même si l'intention de M. Last de témoigner à l'égard de seulement un des deux ensembles de chefs d'accusation était

case, a significant factor in view of the likelihood that his decision whether or not to testify would be the same in relation to both sets of counts.

3.3 *Nexus Between the Two Incidents*

[31] Another factor to be considered on a severance application is whether there is any legal or factual nexus between the counts. The trial judge found there was a nexus in time and place between the two sets of charges because the two assaults giving rise to the charges occurred in the city of London, approximately one month apart. The dissent in the Court of Appeal, however, found the nexus between the two counts to be “exceedingly weak”:

Factually, the two cases involve different complainants. They occurred in different locations. They occurred approximately one month apart.

Legally, both sets of counts relate to sexual assault, but they raise different legal issues. In the S.M. case, the legal issue was consent, and in the M.A. case the issue was identification.

None of the evidence on one set of cases was relevant or admissible on the other. At trial, the Crown agreed that none of the evidence qualified as similar fact evidence. [paras. 127-29]

[32] I agree with the dissenting judge that the factual and legal nexus between the two sets of counts is extremely thin. The fact that the two incidents occurred in London approximately one month apart is of very limited significance in this case. This was the city where Mr. Last resided and worked. The attacks on the women were not closely connected in any meaningful way. While the charges were similar, the theory of the defence was completely different: consent was at issue in one and identification in the other. The theory of the Crown that the two incidents were part of the same transaction was not supported by the facts. Rather, the attacks

objectivement justifiable, elle ne constituait pas, en l'espèce, un facteur important, compte tenu de la probabilité que sa décision de témoigner ou non resterait la même à l'égard des deux ensembles.

3.3 *Le lien entre les deux événements*

[31] Autre facteur dont il faut tenir compte dans l'examen d'une demande de séparation de chefs d'accusation : la question de savoir s'il existe un lien juridique ou factuel entre les chefs d'accusation. Le juge de première instance a conclu à l'existence d'un lien entre les deux ensembles de chefs d'accusation pour ce qui est des moments et des lieux parce que les deux agressions donnant lieu aux chefs d'accusation se sont produites dans la ville de London, à environ un mois d'intervalle. Toutefois, dans les motifs dissidents de la Cour d'appel, il a été conclu que le lien entre les deux chefs d'accusation était [TRADUCTION] « extrêmement ténu » :

[TRADUCTION] Dans les faits, les deux affaires mettent en cause des plaignantes différentes. Elles se sont produites dans des endroits différents. Elles surviennent à environ un mois d'intervalle.

Juridiquement, les deux ensembles d'accusations ont trait à une agression sexuelle, mais ils soulèvent des questions juridiques différentes. Dans l'affaire S.M., la question juridique porte sur le consentement et dans l'affaire M.A., sur l'identification.

Aucun élément de preuve relatif à une affaire ne se rapporte à l'autre ou est admissible dans l'autre. Au procès, le ministère public a reconnu qu'aucun des éléments de preuve ne constituait une preuve de faits similaires. [par. 127-129]

[32] Je conviens avec le juge dissident que le lien factuel et juridique entre les deux ensembles de chefs d'accusation est extrêmement ténu. Le fait que les deux événements se sont produits à London à environ un mois d'intervalle a très peu d'importance en l'espèce. Il s'agit de la ville où M. Last résidait et travaillait. Les agressions commises contre les femmes n'étaient pas étroitement liées. Malgré les chefs d'accusation, la thèse de la défense était complètement différente : dans l'une, c'est le consentement qui est en litige, alors que dans l'autre, c'est l'identification. La thèse du ministère public selon laquelle les deux événements faisaient

were separate incidents. The trier of fact would not need to know about one in order to understand the other. The circumstances surrounding the charges were not sufficiently similar in character to have supported a similar fact evidence application. Accordingly, there was no truth-seeking interest in trying the counts together.

[33] In many cases a ruling allowing similar fact evidence will favour a joint trial since the evidence on all incidents would have to be introduced in any event. However, in view of the different burden in a similar fact evidence application, the issue has to be considered carefully in the context of a severance motion. As said in *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, at para. 52:

However, where the similar acts are alleged as part of a multi-count indictment, the consideration of the admissibility of similar fact evidence will have to be taken into account in deciding whether the counts should be severed. Nevertheless, the trial judge should be careful not to confuse admissibility with severance. A motion to sever under s. 591(3)(a) of the *Code* must be brought by the accused, who bears the burden of establishing on a balance of probabilities that the interests of justice require an order for severance. Yet the burden of demonstrating that similar fact evidence should be admitted must be borne by the Crown. These respective burdens may involve the consideration of similar factors, but as Lord Scarman noted in *R. v. Scarrott* (1977), 65 Cr. App. R. 125 (C.A.), at p. 135, “[i]t does not follow that because a multi-count indictment has been allowed to proceed that therefore the evidence given will be evidence on all the counts contained in the indictment”. Thus, to paraphrase the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Khan* (1996), 49 C.R. (4th) 160, at p. 167, notwithstanding the trial judge’s refusal to sever the counts in a multi-count indictment, it remains open to him or her, as the evidence progresses at trial, to determine as a matter of law that evidence on one count is not admissible as similar fact evidence on the other counts. The assessment of similar fact evidence and the determination of its probative value and admissibility places an onerous burden on the trial

partie de la même affaire n’était pas étayée par les faits. Au contraire, les agressions étaient des événements distincts. Le juge des faits n’a pas besoin de connaître une affaire pour pouvoir comprendre l’autre. Les circonstances des chefs d’accusation n’étaient pas de nature suffisamment semblable pour justifier une demande de preuve de faits similaires. Par conséquent, la recherche de la vérité ne justifiait pas la jonction des chefs d’accusation.

[33] Dans bien des cas, une décision accueillant une preuve de faits similaires favorisera la tenue d’une instruction conjointe car les éléments de preuve relatifs à l’ensemble des événements doivent être produits de toute façon. Toutefois, compte tenu du fardeau différent dans une demande de preuve de faits similaires, la question doit être examinée attentivement dans le contexte d’une requête en séparation des chefs d’accusation. Comme il est dit dans *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, par. 52 :

Toutefois, lorsque les actes similaires allégués font partie d’un acte d’accusation reprochant plusieurs chefs, la question de l’admissibilité d’une preuve de faits similaires devra être prise en considération pour décider s’il convient de séparer les chefs d’accusation. Néanmoins, le juge du procès devrait prendre soin de ne pas confondre la question de l’admissibilité et celle de la séparation des chefs d’accusation. Une requête sollicitant la tenue de procès distincts fondée sur l’al. 591(3)a) du *Code* doit être présentée par l’accusé, lequel a alors le fardeau d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que les intérêts de la justice exigent une ordonnance en ce sens. Cependant, c’est au ministère public qu’il appartient de démontrer que la preuve de faits similaires devrait être admise. Ces fardeaux respectifs peuvent entraîner l’examen de facteurs similaires, mais comme l’a souligné lord Scarman dans l’arrêt *R. c. Scarrott* (1977), 65 Cr. App. R. 125 (C.A.), à la p. 135, [TRADUCTION] « [c]e n’est pas parce qu’on a permis qu’un acte d’accusation comportant plusieurs chefs d’accusation reste intact qu’il sera, de ce fait, présenté des éléments de preuve à l’égard de tous les chefs reprochés dans l’acte ». Par conséquent, pour paraphraser la Cour d’appel du Manitoba dans *R. c. Khan* (1996), 49 C.R. (4th) 160, à la p. 167, même si le juge du procès refuse d’ordonner la tenue de procès distincts sur les divers chefs reprochés dans un acte d’accusation, rien ne l’empêche, au fur et à mesure de la présentation de

judge. It is a task that must be undertaken with great care.

[34] In the case at bar, an issue facing the trial judge at the time of the severance hearing was the fact that the Crown indicated that it wanted to wait until the conclusion of its evidence before making a similar fact evidence application. There is no procedural rule requiring the Crown to bring the similar fact evidence application at the time of the severance application: see D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Evidence* (2009), at § 34.02. Given that the assessment of the similar fact evidence application can be a difficult task, in many cases such an assessment may be best done once all of the Crown's evidence has been tendered. However, in this case, the acts complained of did not come close to having the requisite "high degree of similarity" that would have rendered "the likelihood of coincidence objectively improbable": *Arp*, at para. 43; see also *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908. Therefore it was clear at the severance motion that a similar fact application was not likely to succeed. Indeed, in his reasons, the trial judge did not rely on the possibility of a similar fact evidence application for denying severance.

[35] In summary, the nexus in this case was so tenuous as to hardly bear any weight in favour of a joint trial.

3.4 *Risk of Prejudice to the Accused*

[36] Mr. Last identifies two sources of prejudice in trying the counts together, and submits that the trial judge's failure to accord significant weight to this factor constituted an error in principle. First, the joinder created the potential for cross-pollination on

la preuve au procès, de décider, en tant que question de droit, que la preuve relative à un chef d'accusation n'est pas admissible comme preuve de faits similaires à l'égard des autres chefs d'accusation. L'appréciation d'une preuve de faits similaires et la détermination de sa valeur probante et de son admissibilité imposent au juge du procès une lourde tâche, tâche qui doit être accomplie avec beaucoup de soin.

[34] En l'espèce, au moment de l'audience sur la séparation des chefs d'accusation, le juge de première instance se trouvait confronté au problème que posait l'affirmation du ministère public qu'il voulait attendre jusqu'à la conclusion de sa preuve pour présenter une demande de preuve de faits similaires. Aucune règle procédurale n'exige que le ministère public présente une telle demande au moment de la requête en séparation des chefs d'accusation : voir D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Evidence* (2009), § 34.02. Comme l'appréciation d'une telle demande de preuve peut se révéler une tâche difficile, il vaut mieux, dans bien des cas, procéder à l'appréciation après que le ministère public a produit l'ensemble de sa preuve. Toutefois, en l'espèce, les actes reprochés ne présentaient pas un « haut degré de similitude » au point qu'il rend une « coïncidence objectivement improbable » : *Arp*, par. 43; voir aussi *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908. Par conséquent, il était manifeste au moment de la requête en séparation des chefs d'accusation qu'une demande de preuve de faits similaires ne serait probablement pas accueillie. D'ailleurs, dans ses motifs, le juge de première instance ne s'est pas fondé sur la possibilité d'une demande de preuve de faits similaires pour rejeter la demande de séparation des chefs d'accusation.

[35] En résumé, le lien en l'espèce était tellement ténu qu'il ne faisait pas pencher la balance en faveur d'une instruction conjointe.

3.4 *Le risque de préjudice pour l'accusé*

[36] Monsieur Last relève deux sources de préjudice que présente l'instruction conjointe des chefs d'accusation et soutient que le juge de première instance, en n'accordant pas un poids important à ce facteur, a commis une erreur de principe.

credibility assessments. The existence of two complainants who had no relation to each other alleging two separate incidents of sexual assault created a risk that the credibility of each complainant would be bolstered. Similarly, if the jury found Mr. Last not credible while testifying with respect to one set of counts, the jury might presume that he was also not credible with respect to the other. Second, the joinder created a risk that the jury would engage in prohibited propensity reasoning. If the jury were to find that the Crown had satisfied the burden of proof for one set of offences, the jury might infer that Mr. Last was the kind of person who would commit these types of crimes and thereby convict him of the second set of offences.

[37] The Crown submits that there was a relatively diminished risk of prejudice to Mr. Last that the trier of fact would engage in impermissible credibility bolstering or propensity reasoning. The Crown notes that the nature of both the proceedings and the evidence was relatively simple and straightforward. Since the cases did not involve similar fact evidence, the jury would not be instructed to pool the evidence on one set of counts with the evidence from the other set, and could therefore easily maintain the evidence in each case strictly separate.

[38] Moreover, the Crown submits that the two sets of complaints were of relatively similar severity, and thus there was little danger that one set of counts would trigger a substantially greater degree of revulsion in the jury than the other.

[39] The Crown's position minimizes the differences between the two incidents. There is no question that there is inherent violence in any sexual assault. However, to say that the two events were similar is to mischaracterize them.

[40] The significant risk of propensity reasoning to the accused cannot be understated. The severity

Premièrement, la réunion des chefs d'accusation créait la possibilité de pollinisation croisée pour les évaluations de la crédibilité. L'existence de deux plaignantes sans aucun lien entre elles qui allèguent deux agressions sexuelles distinctes risque de renforcer la crédibilité de chacune des plaignantes. De même, si le jury concluait que M. Last n'était pas crédible dans son témoignage sur l'un des ensembles de chefs d'accusation, il pouvait présumer qu'il n'était pas crédible au sujet de l'autre ensemble. Deuxièmement, la réunion des chefs d'accusation créait le risque que le jury se livre à un raisonnement fondé sur la propension, lequel est interdit. Si le jury concluait que le ministère public s'était acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait quant à un ensemble d'infractions, il pouvait déduire que M. Last était le genre de personne capable de commettre ces types de crime et, ainsi, le déclarer coupable du second groupe d'infractions.

[37] Selon le ministère public, M. Last courait le risque relativement atténué de subir un préjudice du fait que le juge des faits se livre à un exercice inadmissible de renforcement de la crédibilité ou de raisonnement fondé sur la propension. Il souligne que la nature des instances et de la preuve était relativement simple et claire. Comme les affaires ne comportaient aucune preuve de faits similaires, le jury ne recevrait pas comme directive de regrouper la preuve relative à un ensemble de chefs d'accusation et celle concernant l'autre ensemble et pourrait donc ainsi facilement traiter séparément les preuves se rapportant à chacune des affaires.

[38] De plus, le ministère public fait valoir que les deux ensembles de plaintes étaient d'une gravité relativement semblable et qu'il y avait donc peu de danger que l'un d'eux suscite chez le jury une plus forte réaction négative que l'autre.

[39] La position du ministère public minimise les différences entre les deux événements. Il ne fait aucun doute que toute agression sexuelle comporte de la violence. Toutefois, affirmer que les deux événements sont similaires équivaut à les dénaturer.

[40] On ne peut minimiser l'important risque que représente pour l'accusé le raisonnement fondé

of the injuries in M.A.'s case and the telling pictorial representation of those injuries, together with the testimonies of the experts, made the evidence in this case much more visual than in S.M.'s case. On the other hand, the alleged threat with a gun and repeated sexual assault on the night of S.M.'s 19th birthday with the ensuing inherent psychological and emotional distress, if joined with the counts in M.A.'s case, seriously invited the possibility that the jury would engage in impermissible credibility bolstering and prohibited propensity reasoning. As pointed out by defence counsel, the jury would inevitably wonder why two complainants who did not know each other would independently accuse Mr. Last of sexual assault. Furthermore, if the jury was convinced beyond a reasonable doubt that Mr. Last had committed sexual assault on one victim, the jury would be inclined to reason that Mr. Last had the propensity for committing this type of offence and convict on the other. Indeed, the trial judge implicitly recognized the potential prejudice to the accused, but felt that he could cure any resulting prejudice with a limiting instruction (A.R., at p. 79). I will later comment further on the limiting instruction.

3.5 *Minimal Benefit to the Administration of Justice*

[41] Another factor to consider is the benefit enuring to the administration of justice from holding a joint trial. As mentioned earlier, this is not a case where the evidence of one assault would have to be introduced at the trial of the other. The assaults did not bear the markers of similar fact evidence. Consequently, considering the unlikelihood of a successful similar fact application, the gains in judicial economy usually achieved from avoiding multiple proceedings were absent in this case.

[42] Moreover, there was no overlap in evidence or key witnesses, such as complainants or expert

sur la propension. La gravité des blessures subies par M.A. et les photos révélatrices de ces blessures, conjuguées avec les témoignages des experts, ont eu pour conséquence de rendre la preuve dans cette affaire beaucoup plus visuelle que dans l'affaire S.M. Par ailleurs, jointes aux chefs d'accusation dans l'affaire M.A. la menace d'arme à feu et les agressions sexuelles répétées qui auraient eu lieu le soir des 19 ans de S.M., ainsi que la détresse psychologique et émotionnelle inhérente qui s'en est suivie, a sérieusement créé la possibilité que le jury se livre à un exercice inadmissible de renforcement de la crédibilité et à un exercice interdit de raisonnement fondé sur la propension. Comme l'a souligné l'avocat de la défense, le jury se demanderait inévitablement pourquoi deux plaignantes qui ne se connaissent pas accuseraient, chacune de leur côté, M. Last d'agression sexuelle. De plus, si le jury était convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Last avait commis une agression sexuelle contre une victime, il serait porté à croire que M. Last avait une propension à commettre ce type d'infraction et le déclarerait coupable pour l'autre infraction. D'ailleurs, le juge de première instance a implicitement reconnu la possibilité de préjudice pour l'accusé, mais il a estimé qu'il pourrait y remédier par une directive restrictive au jury (d.a., p. 79). Je discuterai plus loin de la directive restrictive.

3.5 *Avantage minime sur le plan de l'administration de la justice*

[41] Il faut également examiner en quoi la tenue d'une instruction conjointe serait avantageuse sur le plan de l'administration de la justice. Comme il a déjà été mentionné, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où la preuve concernant une agression doit être introduite à l'instruction relative à l'autre agression. Les agressions ne comportaient pas les caractéristiques requises pour une preuve de faits similaires. Par conséquent, vu la faible possibilité qu'une demande de preuve de faits similaires soit accueillie, l'économie des ressources judiciaires qu'on réalise habituellement en évitant la tenue d'instances multiples était nulle en l'espèce.

[42] De plus, il n'y avait aucun chevauchement en matière de preuve ou de témoin clé, comme

witnesses. Indeed, only some of the investigating officers would likely have testified on both sets of counts and even then their evidence would not have overlapped. The benefits to the administration of justice in trying the counts together were thus minimal.

3.6 *Balancing the Factors and Assessing the Interests of Justice*

[43] In his weighing of the interests of justice, the trial judge referred to a few factors: nexus, general prejudice to the accused, the possibility that the accused would testify on one set of counts but not the other, and multiplicity of proceedings. As mentioned earlier, he found the nexus weighed in favour of a joint trial when this factor should have been given very little weight. In addition he took the view that a limiting instruction would “avoid any meaningful possibility of prejudice” without assessing the benefits to the administration of justice. Finally, he observed that “[t]he purpose of joining counts, of course, is to avoid multiplicity, and it would be a rare thing for that criterion alone to tell in favour of severance” (A.R., at p. 80). This last statement, in my view, does not come close to the analysis of the benefits to the administration of justice mandated on a severance application.

[44] It was incumbent upon the trial judge to consider and weigh cumulatively all the relevant factors to determine whether the interests of justice require severance. In this case, although Mr. Last was likely to testify on both incidents, the risk of prejudice to Mr. Last in having a joint trial was nevertheless significant because of the dangers of credibility cross-pollination and prohibited propensity reasoning. In other circumstances, after balancing all relevant factors, the interests of justice may have nevertheless required a joint trial. However, in this case, there was an absence of compelling countervailing reasons for having a joint trial. This

les plaignantes ou les témoins experts. En effet, seuls quelques policiers enquêteurs auraient probablement témoigné à l’égard des deux ensembles de chefs d’accusation et, même dans ce cas, il n’y aurait eu aucun chevauchement dans leurs témoignages. L’instruction conjointe des chefs d’accusation ne présentait donc que très peu d’avantages sur le plan de l’administration de la justice.

3.6 *Pondération des facteurs et appréciation des intérêts de la justice*

[43] Dans le cadre de son appréciation des intérêts de la justice, le juge de première instance a mentionné un certain nombre de facteurs : le lien, le préjudice général pour l’accusé, la possibilité que l’accusé témoigne à l’égard de seulement un des deux ensembles de chefs d’accusation et la multiplicité des instances. Comme nous l’avons vu, il a conclu que le lien militait en faveur d’une instruction conjointe alors qu’il aurait fallu accorder très peu de poids à ce facteur. De plus, il estimait qu’une directive restrictive [TRADUCTION] « permettrait d’éviter toute possibilité de préjudice significative », et ce, sans apprécier les avantages sur le plan de l’administration de la justice. Enfin, il a fait observer que [TRADUCTION] « [l]e but de la réunion des chefs d’accusation est, évidemment, d’éviter la multiplicité, et il est rare que ce critère à lui seul joue en faveur de la séparation » (d.a., p. 80). Cette dernière déclaration, selon moi, est loin d’équivaloir à l’analyse des avantages pour l’administration de la justice qui est requise dans le cas d’une demande de séparation.

[44] Il incombait au juge de première instance d’examiner et d’apprécier cumulativement les facteurs pertinents afin de déterminer si les intérêts de la justice exigeaient la séparation des chefs d’accusation. En l’espèce, bien que M. Last eût probablement témoigné à l’égard des deux événements, le risque qu’il subisse un préjudice par suite d’une instruction conjointe était néanmoins important en raison du danger que l’évaluation de la crédibilité dans un dossier pollinise l’autre et du danger de raisonnement interdit fondé sur la propension. Dans d’autres circonstances, après pondération de tous les facteurs importants, les intérêts de la justice

case did not pose a risk of inconsistent verdicts, nor did it involve substantial overlap in witness testimony or other evidence. As stated by the dissenting judge, “the nature of the nexus between the counts in this case did not provide a reason why it was necessary, desirable or convenient to try the cases together” (para. 130). Indeed, a joint trial in the circumstances of this case did not serve any truth-seeking interest, and brought few if any benefits to the administration of justice.

[45] While the Crown argued that it was open to the trial judge to decide that a proper jury instruction can overcome any potential prejudice to Mr. Last, I agree with the dissenting judge below that this should be done only where there are sufficient countervailing factors providing a rationale for a joint trial:

Here, the countervailing factors in favour of trying these two sets of charges together were negligible and the reasons to sever were compelling. As a result, this was not a case to attempt to address the risk of prejudice by a jury instruction. [para. 155]

[46] Indeed, if a proper jury instruction were all that was needed to deal with potential prejudice to the accused, then prejudice would in a sense cease to be a relevant factor in the analysis. While a limiting instruction can *limit* the risk of inappropriate cross-pollination or propensity reasoning, courts should not resort to a limiting instruction unless there is a valid reason to do so. As with the accused’s intention to testify, the limiting instruction is but one factor in the balancing exercise.

[47] As previously stated, all the factors must be considered and weighed cumulatively. Here, most of the factors militated in favour of separate trials.

auraient peut-être exigé une instruction conjointe. Toutefois, en l’espèce, aucun motif impérieux ne militait en ce sens. La présente affaire ne comportait aucun risque de verdicts incompatibles ni aucun chevauchement substantiel dans les témoignages et les autres preuves. Comme l’a déclaré le juge dissident [TRADUCTION] « la nature du lien entre les chefs d’accusation en l’espèce ne justifie pas qu’il soit nécessaire, souhaitable ou pratique d’instruire les affaires ensemble » (par. 130). En effet, la tenue d’une instruction conjointe dans les circonstances de l’espèce n’a pas servi l’intérêt de la recherche de la vérité et n’a guère apporté d’avantage sur le plan de l’administration de la justice.

[45] Malgré l’affirmation du ministère public qu’il était libre au juge de première instance de décider qu’une directive adéquate au jury pouvait l’emporter sur tout préjudice que pourrait subir M. Last, je conviens avec le juge dissident cité ci-dessus que cela ne doit être fait que s’il y a suffisamment de facteurs opposés qui militent en faveur d’une instruction conjointe :

[TRADUCTION] En l’espèce, les facteurs opposés militant en faveur d’une instruction conjointe des deux ensembles de chefs d’accusation étaient négligeables et les motifs favorisant la séparation étaient convaincants. Par conséquent, il ne s’agissait pas d’un cas où il fallait tenter de remédier au problème du risque de préjudice par une directive au jury. [par. 155]

[46] En effet, si une directive appropriée au jury était tout ce dont on avait besoin pour régler le problème du préjudice qui pourrait être causé à l’accusé, alors le préjudice cesserait en quelque sorte d’être un facteur pertinent pour l’analyse. Même si les directives restrictives peuvent *limiter* le risque inadmissible de pollinisation croisée ou de raisonnement fondé sur la propension, les tribunaux ne devraient y recourir que s’il y a une raison valable de le faire. Tout comme l’intention de l’accusé de témoigner, la directive restrictive n’est que l’un des facteurs à prendre en compte lors de la pondération.

[47] Je le répète, tous les facteurs doivent être pris en considération et être soupesés cumulativement. En l’espèce, la plupart des facteurs militaient

Consequently, the significant risk of prejudice to the accused clearly outweighed any benefits to the administration of justice in trying the counts together. Failing to conduct a proper balancing of the relevant factors, the trial judge made an unreasonable decision. I therefore conclude that the trial judge acted unjudicially and that intervention is warranted.

[48] The Crown invites the Court to apply the curative proviso. The applicable rules were recently reviewed in *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, and there is no need to repeat them here. Suffice it to say that the burden on the Crown is to prove that despite the error of law, no substantial wrong or miscarriage of justice occurred — either because the error was so harmless that it could not have affected the verdict, or because the evidence adduced was so overwhelming that a conviction would have been inevitable. The Crown has not discharged its burden in this case. The evidence largely consists in testimonies that need to be appreciated by the triers of the facts and the evidence, viewed as a whole, does not allow the Court to conclude that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. Consequently, this case is not one where the curative proviso should be applied.

4. Conclusion

[49] Since I have found that the trial judge acted unjudicially in denying severance, I would allow the appeal, set aside the convictions, and remit the matter to the Superior Court for the S.M. and the M.A. counts to be retried separately.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Ruby & Shiller, Toronto.

en faveur d'instructions distinctes. Par conséquent, l'important risque de préjudice pour l'accusé l'emportait nettement sur tout avantage que pourrait représenter sur le plan de l'administration de la justice la réunion des chefs d'accusation. En n'effectuant pas une pondération adéquate des facteurs pertinents, le juge de première instance a rendu une décision déraisonnable. Je conclus donc qu'il a agi contrairement aux normes judiciaires et que l'intervention est justifiée.

[48] Le ministère public invite la Cour à appliquer la disposition réparatrice. Les règles applicables ont récemment été examinées dans *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, et il n'est pas nécessaire d'y revenir. Il suffit de dire qu'il incombe au ministère public de prouver que, malgré l'erreur de droit, aucun tort important n'a été commis et aucune erreur judiciaire grave ne s'est produite — soit parce que l'erreur était tellement négligeable qu'elle n'aurait pas pu influé sur le verdict, soit parce que la preuve présentée était tellement accablante qu'une déclaration de culpabilité aurait été inévitable. Le ministère public ne s'est pas acquitté de ce fardeau en l'espèce. La preuve repose essentiellement sur des témoignages qui doivent être appréciés par le juge des faits et, considérée dans son ensemble, elle ne permet pas à la Cour de conclure qu'il n'est survenu aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. Par conséquent, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas d'application de la disposition réparatrice.

4. Conclusion

[49] Comme j'ai conclu que le juge de première instance a agi contrairement aux normes judiciaires en refusant la séparation des chefs d'accusation, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et de renvoyer l'affaire devant la Cour supérieure pour que les chefs d'accusation relatifs à S.M. et à M.A. soient instruits de nouveau, séparément cette fois-ci.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appellant: Ruby & Shiller, Toronto.

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

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