

R. v. Nystrom, 2005 CMAC 7

CMAC 483

Lieutenant Nystrom

Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

Heard: Edmonton, Alberta, November 10, 2005.

Judgment: Ottawa, Ontario, December 20, 2005.

Present: Blanchard C.J., Létourneau and Hansen J.J.A.

On appeal from the legality of the conviction and the legality of a decision to reject a preliminary objection by a Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Edmonton, Alberta on August 13, 2004.

Sexual Offences — Sexual Assault — Consent — Appellant, complainant having sexual intercourse — Some sexual activity non-consensual — Appellant convicted, sentenced to imprisonment — Guilty verdict unreasonable, based on misapprehension of evidence — Chief Military Judge erring in finding complainant withdrew consent to certain sexual activities, in assessing evidence, credibility — False claims regarding injuries significant — Appeal allowed.

Evidence — Misapprehension of evidence — Misapprehension must concern material parts of evidence, not details — Test met herein — Misapprehension rendering verdict unreasonable.

Practice — Choice of mode of trial under National Defence Act, s. 165.14 element of prosecutorial discretion, advantage that could be abused.

During the summer of 2003 the appellant was taking a logistics course at the military base in Borden, Ontario. He had an intimate relationship with the complainant, who was taking the same logistics course. In the early morning of August 2, 2003, the appellant and the complainant had sexual intercourse at the appellant's residence. The complainant alleged that some of the sexual activity was non-consensual. The Chief Military Judge (Chief Judge) found the appellant guilty of sexual assault, and sentenced him to 45 days imprisonment. The appellant appealed on two grounds: first, that the finding of guilt was unreasonable because the Chief Judge misapprehended the evidence

R. c. Nystrom, 2005 CACM 7

CMAC 483

Lieutenant Nystrom

Appellant,

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

Audience : Edmonton (Alberta), le 10 novembre 2005.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 20 décembre 2005.

Devant : Le juge en chef Blanchard et les juges Létourneau et Hansen, J.C.A.

Appel formé contre la légalité de la déclaration de culpabilité et de la décision de rejeter une objection préliminaire rendue par la cour martiale permanente à la Base des Forces canadiennes Edmonton, en Alberta, le 13 août 2004.

Infractions à caractère sexuel — Agression sexuelle — Consentement — Relations sexuelles entre l'appellant et la plaignante — Certains actes sexuels non consentuels — Appellant déclaré coupable et condamné à l'emprisonnement — Verdict de culpabilité déraisonnable, fondé sur une mauvaise appréciation de la preuve — Erreurs de la juge militaire en chef lorsqu'elle a établi que la plaignante avait retiré son consentement à certains actes sexuels, ainsi que dans son appréciation de la preuve et de la crédibilité — Caractère significatif des fausses déclarations concernant les blessures subies — Appel accueilli.

Preuve — Mauvaise appréciation de la preuve — Méprise à l'égard d'éléments substantiels et non de détails — Critères remplis en l'espèce — Méprise rendant le verdict déraisonnable.

Pratique — Choix du mode de procès sous le régime de l'art. 165.14 de la Loi sur la défense nationale comme élément du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et avantage susceptible d'abus.

Durant l'été 2003, l'appellant suivait un cours de logistique à la base militaire Borden, en Ontario. Il a alors développé une relation intime avec la plaignante, qui suivait aussi ce cours. Le 2 août 2003, au petit matin, l'appellant et la plaignante se sont rendus à la résidence de l'appellant et ils ont eu des relations sexuelles. Selon les allégations de la plaignante, une partie des actes sexuels auxquels ils se sont livrés n'étaient pas consentuels. La juge militaire en chef (la juge en chef) a déclaré l'appellant coupable d'agression sexuelle et l'a condamné à 45 jours d'emprisonnement. L'appellant a invoqué deux moyens d'appel : en premier lieu, le caractère déraisonnable du verdict de

and failed to take into account relevant evidence; and second, that the Chief Judge erred by rejecting a preliminary objection based on section 186 of the *National Defence Act* (Act), and paragraph 112.05(5)(e) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*. The appellant had objected to the holding of a trial by a Standing Court Martial, chosen by the Director of Military Prosecutions, on the ground that section 165.14 of the Act is unconstitutional. This section gives the Director of Military Prosecutions, and not the accused, the choice of mode of trial.

Held: Appeal allowed.

The guilty verdict was unreasonable because it was based on a misapprehension of the evidence. The Chief Judge erred in finding that the complainant withdrew her consent to certain sexual activities, and in thereby determining that the *mens rea* and *actus reus* of the offence were made out. The Chief Judge also made errors in the assessment of the complainant's evidence. Although the Chief Judge found that the complainant had exaggerated the extent of her injuries, she concluded that the complainant was otherwise credible. The false claims regarding the severity of the injuries had broader significance, however, because they rendered her claim to withdrawal of consent more plausible and rendered the appellant's defence of honest but mistaken belief in consent less plausible. The complainant's testimony was also contradicted by the testimony of other witnesses. Finally, the Chief Judge erred in finding that the appellant was not credible. The Chief Judge's conclusion regarding the appellant's credibility rested largely on a perceived inconsistency between the appellant's claim that there was no use of force involved in the sexual acts at issue, and his indication that such acts did involve force in a conversation he had with one of the witnesses later in the morning of August 2, 2003. A careful reading of the transcript showed, however, that the appellant had already discussed the sexual encounter with the complainant before his conversation with the other witness, and that in the latter conversation the appellant was communicating the complainant's opinion regarding the use of force. It was not open to the Chief Judge to find, on an issue that was considered significant, that there was a contradiction in the accused's testimony. The case law requires that the misapprehension must concern material parts of the evidence and not some details that it be fundamental and not peripheral to the reasoning adopted by the court, and that it play an essential role in the process resulting in the conviction. That test was met in the case at bar. This misapprehension, in combination with the errors concerning the assessment of the contradictions in the complainant's testimony, rendered the verdict unreasonable.

Finally, while it was not necessary to discuss the constitutionality of section 165.14 of the Act, it was not possible to overlook the deep concern this provision raises, particularly in

culpabilité parce que la juge en chef a mal apprécié la preuve et omis de prendre en compte des éléments de preuve pertinents; en second lieu, l'erreur commise par la juge en chef lorsqu'elle a rejeté une objection préliminaire fondée sur l'article 186 de la *Loi sur la défense nationale* (la Loi) et l'alinéa 112.05(5)e) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*. L'appelant s'est opposé à la tenue d'un procès devant la cour martiale permanente, choisie par le directeur des poursuites militaires, au motif que l'article 165.14 de la Loi est inconstitutionnel. Cet article accorde au directeur des poursuites militaires, et non à l'accusé, le choix du mode de procès.

Arrêt : Appel accueilli.

Le verdict de culpabilité est déraisonnable parce qu'il est fondé sur une mauvaise appréciation de la preuve. La juge en chef a commis une erreur en concluant que la plaignante avait retiré son consentement à certains actes sexuels et, partant, que la *mens rea* et l'*actus reus* de l'infraction étaient établis. La juge en chef a en outre commis des erreurs dans son appréciation du témoignage de la plaignante. Bien qu'elle ait admis que la plaignante avait exagéré l'étendue de ses blessures, la juge en chef a néanmoins conclu que son témoignage était par ailleurs crédible. Cependant, les fausses déclarations concernant la gravité des blessures avaient plus d'importance que la juge en chef n'a voulu l'admettre puisqu'elles contribuaient à la fois à rendre plus plausible l'absence de consentement alléguée par la plaignante et plus invraisemblable la défense de l'appelant quand il affirmait avoir cru honnêtement, mais à tort, en l'existence d'un consentement. Le témoignage de la plaignante est également contredit par celui d'autres témoins. Enfin, la juge en chef a commis une erreur en concluant que l'appelant n'était pas crédible. Sa conclusion relativement à l'absence de crédibilité de l'appelant repose essentiellement sur les contradictions perçues entre son affirmation selon laquelle il n'y avait pas eu usage de la force au cours des actes sexuels en cause et ses propos tenus à un témoin plus tard le matin du 2 août 2003 comme quoi il y avait bel et bien eu usage de la force. Cependant, une lecture attentive de la transcription révèle que l'appelant avait déjà eu une conversation avec la plaignante concernant leurs ébats sexuels quand il a discuté avec l'autre témoin et lui a rapporté l'opinion de celle-ci concernant le recours à la force. Il n'était pas loisible à la juge en chef de conclure, sur une question qu'elle jugeait significative, qu'il existait une contradiction dans le témoignage de l'accusé. Selon la jurisprudence, la méprise doit porter sur des éléments substantiels de la preuve, et non sur des détails. La contradiction doit être essentielle, et non périphérique au raisonnement adopté par le tribunal, et jouer un rôle essentiel dans le processus conduisant à la condamnation. Ces critères étaient remplis en l'espèce. Cette méprise et les erreurs quant à l'appréciation des contradictions dans le témoignage de la plaignante rendent le verdict déraisonnable.

Enfin, même s'il n'était pas nécessaire de discuter de la constitutionnalité de l'article 165.14 de la Loi, il n'était pas possible de passer sous silence la profonde inquiétude soulevée

view of the recent expansionist context of the military criminal justice system. While the prosecutor's option to proceed by one mode of prosecution rather than another is an element of prosecutorial discretion, the choice of mode of trial partakes of a benefit, an element of strategy or a tactical advantage associated with the right of an accused to present full answer and defence and control the conduct of his or her defence. The choice of mode of trial is an advantage conferred on the prosecution that could be abused. The accused can never elect between the Disciplinary Court Martial and the Standing Court Martial because of section 165.14. He therefore loses the benefit of the advantage offered by a hearing before a panel of three members assisted by a military judge.

par cette disposition, particulièrement dans le contexte expansionniste que venait de connaître la justice pénale militaire. Si le fait pour le poursuivant de privilégier un mode de poursuite représente un élément de son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, ce choix confère un atout, un élément de stratégie ou un avantage tactique associé au droit d'un accusé de contrôler la conduite de sa défense et de présenter une défense pleine et entière. Le choix du mode de procès est un avantage conféré au poursuivant qui est susceptible d'abus. Par l'effet de l'article 165.14, l'accusé ne peut jamais choisir entre la cour martiale disciplinaire et la cour martiale permanente. Il ne peut donc pas se prévaloir de l'avantage qu'offre une audience devant un comité formé de trois membres assisté d'un juge militaire.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 35, s. 42.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), (f), 15.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 273.1(2)(e).
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 60(2), 165.14, 166, 169, 172, 175, 186, 238.
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O, online: <https://www.canada.ca/en/department-national-defence/corporate/policies-standards/queens-regulations-orders.html>), art. 112.05(5)(e).

CASES CITED

- Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371, 109 D.L.R. (4th) 46; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, (1983), 2 D.L.R. (4th) 193; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133, 59 D.L.R. (4th) 218; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, 114 D.L.R. (3d) 393; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, 40 O.R. (3d) 639; *R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387, 55 D.L.R. (4th) 481; *R. v. B.(R.W.)*, 24 B.C.A.C. 1, 40 W.A.C. 1, [1993] B.C.J. No. 758 (QL); *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, 87 D.L.R. (4th) 449; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, 139 Nfld. & P.E.I.R. 147; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113, 146 D.L.R. (4th) 437; *R. v. Deviller*, 2005 NSCA 71, 233 N.S.R. (2d) 49; *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827, 19 OR (3d) 322; *R. v. Hewitt*, 173 O.A.C. 383, 2003 CanLII 48126; *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 24, [2004] 1 S.C.R. 627; *R. v. M.G.*, 73 O.A.C. 356, 93 C.C.C. (3d) 347, 1994 CanLII 8733; *R. c. MacEachern*, 4 C.M.A.R. 447, 24 C.C.C. (3d) 439, 1985 CarswellNat 799; *R. v. Molodowic*, 2000 SCC 16, [2000] 1 S.C.R. 420; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, 44 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Morrissey* (1995),

LOIS ET RÈGLEMENT CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11d), f), 15.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 273.1(2)e).
Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence, L.C. 1998, ch. 35, art. 42.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 60(2), 165.14, 166, 169, 172, 175, 186, 238.
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/ministere-defense-nationale/organisation/politiques-normes/ordonnances-reglements-royaux.html>), art. 112.05(5)e).

JURISPRUDENCE CITÉE

- Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371, 109 D.L.R. (4th) 46; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, 2 D.L.R. (4th) 193; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *La Reine (Man.) c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303, 111 D.L.R. (3^d) 513; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133, 59 D.L.R. (4th) 218; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, 114 D.L.R. (3^d) 393; *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387, 55 D.L.R. (4th) 481; *R. v. B.(R.W.)*, 24 B.C.A.C. 1, 40 W.A.C. 1, [1993] B.C.J. n° 758 (QL); *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, 87 D.L.R. (4th) 449; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, 139 Nfld. & P.E.I.R. 147; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, 146 D.L.R. (4th) 437; *R. v. Deviller*, 2005 NSCA 71, 233 N.S.R. (2^d) 49; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827, 19 OR (3^d) 322; *R. v. Hewitt*, 173 O.A.C. 383, 2003 CanLII 48126; *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 24, [2004] 1 R.C.S. 627; *R. v. M.G.*, 73 O.A.C. 356, 93 C.C.C. (3^d) 347, 1994 CanLII 8733; *R. c. MacEachern*, 4 C.A.C.M. 447, 24 C.C.C. (3^d) 439, 1985 CarswellNat 1282; *R. c. Molodowic*, 2000 CSC 16,

22 O.R. (3d) 514, 80 O.A.C. 161, 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, 117 Nfld. & P.E.I.R. 269; *R. v. Reddick* (1996), 5 C.M.A.R. 485, 112 C.C.C. (3d) 491; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, 63 C.C.C. (3d) 481; *R. v. Turpin*, 22 O.A.C. 261, 36 C.C.C. (3d) 289, 1987 CanLII 6768 (aff'd [1989] 1 S.C.R. 1296); *Ryan v. The Queen*, 4 C.M.A.R. 563, 1987 CarswellNat 1634; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106, 16 D.L.R. (4th) 321; *The Queen (Man.) v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303, 111 D.L.R. (3d) 513; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, 62 D.L.R. (4th) 634; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259.

AUTHORS CITED

Cournoyer, Guy and Gilles Ouimet. *Code criminel annoté 2003*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2002.

Lamer, Right Honourable Antonio. "The First Independent Review of the provisions and operation of Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, as required under section 96 of Statutes of Canada 1998, c. 35". Submitted to the Minister of National Defence, September 3, 2003 (online: <http://mgerc-cccegm.gc.ca/documents/lamer-eng.pdf>).

COUNSEL

Lieutenant-Colonel J. M. Dugas and Major Edmund Thomas, for the appellant.
Captain (Navy) Holly MacDougall, for the respondent.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

[1] LÉTOURNEAU J.A.: The appellant was summoned to appear before a Standing Court Martial on a charge of sexual assault causing bodily harm. At the conclusion of the trial, he was convicted of the lesser and included offence of sexual assault. The Chief Military Judge (Chief Judge) presided at the trial. She accepted the joint submissions of the parties as to sentence and imposed a sentence of 45 days imprisonment. The appellant was released pending this appeal.

[2] The appeal involves two matters: the legality of the guilty verdict and the legality of the Chief Judge's decision to reject a preliminary objection by the appellant based on section 186 of the *National Defence Act*,

[2000] 1 R.C.S. 420; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 44 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514, 80 O.A.C. 161, 97 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, 117 Nfld. & P.E.I.R. 269; *R. c. Reddick* (1996), 5 C.A.C.M. 485, 112 C.C.C. (3d) 491; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 63 C.C.C. (3d) 481; *R. v. Turpin*, 22 O.A.C. 261, 36 C.C.C. (3d) 289, 1987 CanLII 6768 (conf. par [1989] 1 R.C.S. 1296); *Ryan c. R.*, 4 C.A.C.M. 563, 1987 CarswellNat 1635; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106, 16 D.L.R. (4th) 321; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, 40 O.R. (3d) 639; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, 62 D.L.R. (4th) 634.

DOCTRINE CITÉE

Cournoyer, Guy et Gilles Ouimet. *Code criminel annoté 2003*. Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002.

Lamer, le très honorable Antonio. « Le premier examen indépendant des dispositions et de l'application du projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, conformément à l'article 96 des Lois du Canada 1998, ch. 35. » Présenté au ministre de la Défense nationale, le 3 septembre 2003 (en ligne : <http://mgerc-cccegm.gc.ca/documents/lamer-fra.pdf>).

AVOCATS

Lieutenant-colonel J.-M. Dugas et Major Edmund Thomas, pour l'appellant.
Capitaine de vaisseau Holly MacDougall, pour l'intimée.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés par

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : L'appellant fut sommé de comparaître devant une Cour martiale permanente pour faire face à une accusation d'agression sexuelle causant des lésions corporelles. Au terme du procès, il fut trouvé coupable de l'infraction incluse et moindre d'agression sexuelle. Le procès fut présidé par la juge militaire en chef (juge en chef). Celle-ci accepta les représentations communes des parties quant à la sentence et imposa une peine d'emprisonnement de 45 jours. L'appellant fut remis en liberté pour la période du présent appel.

[2] L'appel porte sur deux sujets : la légalité du verdict de culpabilité et la légalité de la décision de la juge en chef rejetant une objection préliminaire de l'appellant fondée sur l'article 186 de la *Loi sur la défense nationale*,

R.S.C. 1985, c. N-5 (Act) and paragraph 112.05(5)(e) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*.

[3] There were two components to the appellant's preliminary objection at trial, as I understand it. First, the appellant objected to the holding of a trial by a Standing Court Martial, chosen by the Director of Military Prosecutions, on the ground that section 165.14 of the Act is unconstitutional. This section gives the Director of Military Prosecutions, and not the accused, the choice of mode of trial, i.e. the choice of tribunal before which the trial will be held. It is said to be unconstitutional for three reasons: it is contrary to the principles of fundamental justice guaranteed by section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), it is inconsistent with the right to a fair trial under paragraph 11(d) of the Charter and it breaches the equality right conferred by section 15 of the Charter.

[4] Second, the appellant submitted to the Chief Judge, and this is the second component of his objection, that the fact that she was the one who would be adjudicating on the constitutionality of section 165.14 of the Act created a reasonable apprehension of bias. This apprehension of bias originated in the fact that the Chief Judge, before she became a judge, occupied the position of Director of Military Prosecutions for a period of about three years. In this capacity, she was responsible for the application of section 165.14 and exercised the powers under it: see Appeal Book, Vol. I, at pages 54 and 55.

[5] At this point, it suffices to say that in substance the appellant argued that an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—would conclude that it is more likely than not that the Chief Judge, whether consciously or unconsciously, would not decide fairly: see *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259, at paragraph 60.

[6] As to the legality of the guilty verdict, the appellant contends that the finding of guilt is unreasonable because the Chief Judge misapprehended the evidence and failed to take into account relevant evidence.

L.R.C. 1985, ch. N-5 (Loi) et l'alinéa 112.05(5)e) des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*.

[3] Au procès, l'objection préliminaire de l'appellant, tel que je la comprends, comportait deux volets. Premièrement, l'appellant s'objectait à la tenue d'un procès devant la Cour martiale permanente, choisie par le directeur des poursuites militaires, au motif que l'article 165.14 de la Loi est inconstitutionnel. Cet article accorde au directeur des poursuites militaires, et non à l'accusé, le choix du mode de procès, i.e. le choix du tribunal devant qui le procès se déroulera. Il serait inconstitutionnel pour trois raisons : il est contraire aux principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte), il ne respecte pas le droit à un procès équitable conféré par l'alinéa 11d) de la Charte et il viole le droit à l'égalité conféré par l'article 15 de cette même Charte.

[4] Deuxièmement, l'appellant a soumis à la juge en chef, et c'est là le deuxième volet de son objection, que le fait qu'elle soit celle qui adjudgerait sur la constitutionnalité de l'article 165.14 de la Loi créait une crainte raisonnable de partialité. Cette crainte prendrait sa source dans le fait que la juge en chef, avant qu'elle n'accède à la magistrature, a occupé le poste de directeur des poursuites militaires pendant une période d'environ trois années. À ce titre, elle fut responsable de l'application de l'article 165.14 et en a exercé les pouvoirs : voir le dossier d'appel, vol. I, aux pages 54 et 55.

[5] À ce stade, il suffit de dire qu'en substance l'appellant soumettait qu'une personne sensée et raisonnable, bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, croirait que, selon toute vraisemblance, la juge en chef, consciemment ou non, ne rendrait pas une décision juste : voir *Bande Indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259, au paragraphe 60.

[6] Quant à la légalité du verdict de culpabilité, l'appellant prétend que la juge en chef a mal apprécié la preuve, a omis de prendre en compte des éléments de preuve pertinents et, enfin, que le verdict de culpabilité est déraisonnable.

[7] I will address first the question of the legality of the verdict, since my determination is such that I do not have to rule on the constitutional questions that are raised: see *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106, at page 121; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133, at page 1154; *The Queen (Man.) v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303, at page 320; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at page 71; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371, at page 413; and *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at pages 495 and 496. The Court should generally avoid making any unnecessary constitutional pronouncement: *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, at page 571; see also *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at page 51.

[8] In my humble opinion, the guilty verdict handed down in this case is unreasonable for several reasons which I will explain after a brief statement of the facts and circumstances that gave rise to the prosecution.

I. Facts and circumstances surrounding the alleged act

[9] The accused and the complainant, both took a course in logistics at the military base in Borden, Ontario in the summer of 2003.

[10] On August 1, the appellant, the complainant and Lieutenants Gill and Brooks, who were all good friends taking the same course and who engaged in social activities together, went to Barrie. In a bar there, they drank a fair quantity of alcoholic beverages—some, including the accused, more than others. The accused and the complainant danced together. A more intimate relationship had developed between them. They were more than friends and were going out together: see Appeal Book, Vol. III, at page 478.

[11] Around 01:00 a.m., Lieutenant Gill left the bar alone and returned on foot to his quarters which he shared with the accused. The complainant lived in a building adjacent to the accused's. Lieutenant Brooks lived in the same building as the complainant: Appeal Book, Vol III.

[7] J'aborderai en premier lieu la question de la légalité du verdict car la conclusion à laquelle j'en suis venu me dispense de me prononcer sur les questions constitutionnelles soulevées : voir *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106, à la page 121; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133, à la page 1154; *La Reine (Man.) c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303, à la page 320; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la page 71; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371, à la page 413; et *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, aux pages 495 et 496. Il convient d'éviter en matière constitutionnelle toute déclaration inutile : *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, à la page 571; voir aussi *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la page 51.

[8] À mon humble avis, le verdict de culpabilité rendu en l'espèce est déraisonnable pour plusieurs raisons que j'expliquerai après un bref énoncé des faits et des circonstances qui ont donné naissance à la poursuite.

I. Faits et circonstances entourant le geste reproché

[9] L'accusé et la plaignante suivent tous deux un cours en logistique à la base militaire de Borden, Ontario. C'est l'été 2003.

[10] Le premier août, l'appelant, la plaignante et les lieutenants Gill et Brooks, qui sont tous de bons amis engagés dans le même cours et qui exercent des activités sociales ensemble, se rendent à Barrie. Dans un bar de l'endroit, ils consomment en bonne quantité des boissons alcoolisées, certains, dont l'accusé, plus que d'autres. L'accusé et la plaignante dansent ensemble. Une relation plus intime s'était développée entre eux. Ils étaient plus que des amis et se fréquentaient : voir dossier d'appel, vol. III, à la page 478.

[11] Vers 1 h du matin, le lieutenant Gill quitte le bar seul et revient à pied à ses quartiers qu'il partage avec l'accusé. La plaignante habite dans une bâtisse adjacente à celle de l'accusé. Le lieutenant Brooks loge dans la même bâtisse que la plaignante : dossier d'appel, vol. III.

[12] The accused, the complainant and Lieutenant Brooks left the bar in a taxi. They arrived at their residences around 02:30. The accused was somewhat inebriated. Lieutenant Brooks immediately went to his room. The accused and the complainant went to the accused's room.

[13] Once in his room, the accused and the complainant engaged in sexual relations. The sexual encounter went on for two and a half hours: Appeal Book, Vol. III, at page 490. It consisted of a session of reciprocal oral sex, repeated vaginal sexual intercourse and anal intercourse. According to the accused, there was an initial unsuccessful attempt at anal penetration, followed by a penetration that lasted from two to three minutes: Appeal Book, Vol. III, at page 489. According to the complainant, there were several anal and vaginal penetrations: Appeal Book, Vol. III, at page 494.

[14] There is no dispute that the complainant was a consenting and active participant in the sexual activities, including the failed attempt at anal penetration. However, the complainant says that this attempt proved painful and that she withdrew her consent to the other anal penetrations that were subsequently imposed on her by the accused. According to her testimony, the accused became aggressive after this refusal.

[15] The accused maintains that the complainant was at all times consenting to all the sexual activities that took place. The complainant asked the accused several times to be more gentle with her, which, he says, he was. She also complained, he says, that during the vaginal sexual relations, his weight on her caused her some pain in her breasts and biceps. In fact, the complainant suffered bruising in those places. As we will see later, the extent of the injuries suffered by the complainant is in issue.

[16] The complainant left the accused's room around 05:30 and returned to her quarters. It was the morning of August 2, 2003. Later in the morning, she met Lieutenant Williams, who was part of the same group of friends, and told her that the accused was a little rough with her during the night. She showed her some marks she had above and around her breasts: Appeal Book,

[12] L'accusé, la plaignante et le lieutenant Brooks quittent le bar en taxi. Ils arrivent à leurs résidences vers 2 h 30. L'accusé est dans un certain état d'ébriété. Le lieutenant Brooks se rend immédiatement à sa chambre. L'accusé et la plaignante se dirigent à la chambre de l'accusé.

[13] Une fois rendus à la chambre de l'accusé, celui-ci et la plaignante se livrent à des relations sexuelles. Les ébats durent deux heures et demie : dossier d'appel, vol. III., à la page 490. Ils consistent en une séance d'amour oral réciproque, des relations sexuelles vaginales répétées et des relations anales. Selon l'accusé, il y eut une première tentative infructueuse de pénétration anale, suivie d'une pénétration qui dura de deux à trois minutes : dossier d'appel, vol. III, à la page 489. Selon la plaignante, il y eut plusieurs pénétrations anales et vaginales : dossier d'appel, vol. III, à la page 494.

[14] Il n'est aucunement mis en doute que la plaignante était partie consentante et prenante aux ébats sexuels, y compris la tentative échouée de pénétration anale. Toutefois, la plaignante affirme que cette tentative s'est avérée douloureuse et qu'elle a retiré son consentement aux autres pénétrations anales qui lui furent imposées subséquemment par l'accusé. Selon son témoignage, l'accusé serait devenu agressif après ce refus.

[15] L'accusé soutient que la plaignante fut en tout temps consentante à toutes les activités sexuelles qui eurent lieu. La plaignante a demandé à l'accusé à quelques occasions de prodiguer les caresses avec plus de douceur, ce que, dit-il, il a fait. Elle s'est également plainte, selon l'accusé, que, lors des relations sexuelles vaginales, le poids qu'il mettait sur elle lui faisait ressentir des douleurs au niveau des seins et des biceps. De fait, la plaignante devait subir des ecchymoses à ces niveaux. Comme on le verra plus tard, l'étendue des blessures subies par la plaignante est une question en litige.

[16] La plaignante a quitté la chambre de l'accusé vers 5 h 30 pour regagner ses quartiers. C'était le matin du 2 août 2003. Plus tard dans la matinée, elle rencontre la lieutenant Williams, qui fait partie du même groupe d'amis, et lui dit que l'accusé a été un peu dur à son endroit au cours de la nuit. Elle lui montre des marques qu'elle a au-dessus et autour des seins : dossier d'appel,

Vol. III, at page 485. She then went to see Lieutenant Brooks and apologized for making him wait for the departure by taxi from Barrie. She repeated to him what she had told Lieutenant Williams about the accused and showed him a small bruise on her biceps: Appeal Book, Vol III.

[17] On that same morning, the accused met Lieutenant Gill in the common bathroom they shared. He told him what had happened between him and the complainant during the night. He also saw the complainant. She showed him her bruises and informed him that things got a little rough. Later in the day, the complainant, the accused and Lieutenant Gill went together to the beach.

[18] On August 3, 2003, the complainant told Lieutenant Gill that things had been a little rough the night before. She showed him two bruises on her chest.

[19] In the days that followed, from August 4 to 10, the complainant and the accused continued to be part of the same group of friends. They were together in the same place on several occasions. Also during this period, she told Lieutenant Brooks and Lieutenant Williams, on different occasions, that the incident with the accused had caused her to lose blood and that she had to go to the medical clinic to get a stitch. She also complained of abdominal pains: Appeal Book, Vol III, at page 486.

[20] On August 16, 2003, 14 days after the sexual encounter, the complainant discussed this issue with Lieutenant Gill. She told him that she had not consented to what had happened and that she had tried to resist the accused. According to Lieutenant Gill, she told him that she had not said “no” or “stop” to the accused. She added that this was why she had not complained to the police, for fear she would not be believed. She confessed, however, that she had lied about receiving medical care when such was not the case. At Lieutenant Gill’s suggestion, she went to a sexual assault centre to get some medical attention. The following day, she filed a complaint with the military police.

vol. III, à la page 485. Elle se rend ensuite voir le lieutenant Brooks pour s’excuser de l’avoir fait attendre pour le départ en taxi de Barrie. Elle lui répète ce qu’elle a dit au lieutenant Williams relativement à l’accusé et lui montre une petite marque sur un biceps : dossier d’appel, vol. III.

[17] Ce même matin, l’accusé rencontre le lieutenant Gill dans la chambre de bain commune qu’ils partagent. Il lui raconte ce qui s’est passé entre lui et la plaignante au cours de la nuit. Il voit également la plaignante. Celle-ci lui montre ses ecchymoses et l’informe que les choses se sont déroulées d’une façon un peu dure (*things got a little rough*). Plus tard dans la journée, la plaignante, l’accusé et le lieutenant Gill se rendent ensemble à la plage.

[18] Le 3 août, 2003, la plaignante relate au lieutenant Gill que les choses se sont déroulées d’une manière un peu dure la veille. Elle lui montre deux marques au niveau de sa poitrine.

[19] Dans les jours qui suivent, soit du 4 au 10 août, la plaignante et l’accusé continuent de faire partie du même groupe d’amis. Ils se retrouvent ensemble au même endroit à plusieurs occasions. Toujours au cours de cette même période, elle dira au lieutenant Brooks et à la lieutenant Williams, à des occasions différentes, que l’incident avec l’accusé lui a occasionné une perte de sang et qu’elle a dû se rendre à la clinique médicale pour recevoir un point de suture. Elle s’est aussi plainte de souffrir de douleurs abdominales : dossier d’appel, vol. III, à la page 486.

[20] Le 16 août 2003, soit 14 jours après les ébats sexuels, la plaignante discute de cette question avec le lieutenant Gill. Elle lui dit qu’elle n’a pas consenti à ce qui lui était arrivé et qu’elle avait essayé de repousser l’accusé. Selon le lieutenant Gill, elle lui dit qu’elle n’a pas dit « non » ou « arrête » à l’accusé. Elle ajoute que c’est la raison pour laquelle elle n’a pas porté plainte à la police par crainte de ne pas être crue. Elle avoue cependant qu’elle a menti quant aux soins médicaux qu’elle avait dit avoir reçus alors que ce n’est pas le cas. À la suggestion du lieutenant Gill, elle se rend dans un centre pour personnes agressées sexuellement afin d’obtenir des soins médicaux. Le jour suivant, elle porte plainte à la police militaire.

[21] I have limited my summary of the facts to major facts which permit a clearer understanding of the events leading to the complaint filed against the accused. I will return to some of these general facts when I discuss the conclusions of the Chief Judge and the unreasonableness of the verdict. At that point, I will also refer to other, more specific facts that are relevant and that the Chief Judge misapprehended, failed to consider, or ignored because she thought they were of no importance.

II. Decision of the Chief Military Judge

[22] The evidence as to whether the accused's conduct was culpable was essentially the contradictory versions of the facts as laid out by the complainant and the accused. The accused advanced the defence of consent and, alternatively, the defence of an honest but mistaken belief in the existence of consent. The Chief Judge rightly found that the facts surrounding the sexual activities engaged the latter defence. She rejected the contrary submissions by the prosecution.

[23] The Chief Judge acquitted the accused of sexual assault causing bodily harm for two reasons: because there was some doubt in terms of causality, more precisely as to the sexual activity that was the cause of the bleeding, and because the *mens rea* of the accused had not been proved beyond a reasonable doubt: Appeal Book, Vol. III, at page 500.

[24] However, as stated previously, she convicted the accused of sexual assault on the strength of the following findings.

[25] First, she assigned more credibility to the complainant's version than to the accused's.

[26] Second, she said that in her opinion the complainant, after feeling some pain during the attempt at anal penetration, had clearly indicated that she refused to consent to this activity. The prosecution, she said, had proved beyond a reasonable doubt the elements of the offence and the *mens rea* that must accompany it.

[21] L'on comprendra que je me suis restreint à un énoncé général des faits principaux, lesquels permettent une meilleure compréhension des événements à l'origine de la plainte portée contre l'accusé. Je reviendrai sur certains de ces faits généraux lorsque je discuterai des conclusions de la juge en chef et du caractère déraisonnable du verdict. À cette occasion, je ferai aussi mention d'autres éléments de faits plus spécifiques qui sont pertinents et que la juge en chef a soit mal appréciés, soit omis de considérer, soit écartés parce qu'elle les estimait non significatifs.

II. La décision de la juge militaire en chef

[22] Essentiellement, la preuve de la conduite répréhensible ou non de l'accusé reposait sur les versions contradictoires des faits formulées par la plaignante et l'accusé. Ce dernier a présenté une défense de consentement et, si celle-ci devait être refusée, une défense d'une croyance honnête, mais erronée, en l'existence d'un consentement. La juge en chef a conclu à bon droit que les faits entourant les activités sexuelles donnaient aussi ouverture à cette dernière défense. Elle a rejeté les prétentions contraires de la poursuite.

[23] La juge en chef a acquitté l'accusé de l'agression sexuelle causant des lésions corporelles pour deux motifs : parce qu'il existait un doute au niveau de la causalité, plus précisément quant à l'activité sexuelle qui serait la cause du saignement, et parce que la *mens rea* de l'accusé n'avait pas été prouvée au-delà de tout doute raisonnable : dossier d'appel, vol. III, à la page 500.

[24] Toutefois, tel que déjà mentionné, elle a trouvé l'accusé coupable d'agression sexuelle sur la foi des conclusions suivantes.

[25] Premièrement, elle a accordé plus de crédibilité à la version de la plaignante qu'à celle de l'accusé.

[26] Deuxièmement, elle s'est dit d'avis que la plaignante, après avoir ressenti de la douleur lors de la tentative de pénétration anale, avait clairement indiqué qu'elle refusait de consentir à cette activité. Selon elle, la poursuite avait prouvé hors de tout doute raisonnable les éléments constitutifs de l'infraction et la *mens rea* qui doit l'accompagner.

III. Analysis of The Chief Judge's decision

[27] I will begin with the second determination by the Chief Judge concerning the expressed refusal of consent.

IV. Withdrawal of complainant's consent

[28] The Chief Judge's conclusion on the withdrawal of consent is found at page 501 of the Appeal Book, Vol. III, in these terms:

In this case, the complainant had voluntarily participated in a series of sexual acts with Lieutenant Nystrom. The Court accepts that Lieutenant Nystrom took reasonable steps at all times to ascertain her consent to vaginal intercourse. The Court finds that he did not seek specific consent to digital penetration, but that in the context of the activities, it was reasonable for him to believe he had consent.

The Court finds, however, his failure to stop when there was a clear indication of pain verbally provided to him means that the prosecution has established beyond a reasonable doubt the mens rea and actus reus for this action.

In addition, given the expressed verbal and subsequent non-physical consent of the complainant to anal penetration, the burden on Lieutenant Nystrom was to obtain clear consent to any subsequent anal penetration which he did not do, and the Court in that regard finds that these actions constituted sexual assault. [Emphasis added.]

[29] The last paragraph of the quoted extract, as formulated, imposes on the accused, who had the explicit verbal consent of the complainant to anal intercourse, the burden of obtaining clear consent from her for each of the anal penetrations subsequent to the first.

[30] The respondent's counsel acknowledged that, as formulated, this paragraph taken in isolation is legally wrong as to the burden it imposes on the accused. I would add that it remains so even on a generous and liberal reading together with the paragraph that precedes it.

III. Analyse de la décision de la juge en chef

[27] Je débiterai par cette deuxième conclusion de la juge en chef quant au refus exprimé de consentement.

IV. Le retrait de consentement de la plaignante

[28] On retrouve à la page 501 du dossier d'appel, vol. III, en ces termes, la conclusion prise par la juge en chef quant au retrait de consentement :

[TRADUCTION] En l'espèce, la plaignante s'est volontairement livrée à une série d'actes sexuelles [*sic*] avec le Lieutenant Nystrom. La Cour accepte que le Lieutenant Nystrom a pris à tout moment les mesures raisonnables afin de s'assurer que la plaignante consentait à des relations sexuelles vaginales. La Cour conclut qu'il n'a pas demandé de consentement précis en ce qui concerne la pénétration avec les doigts, mais que dans le contexte des activités, il était raisonnable pour lui de croire qu'il avait le consentement.

Toutefois, la Cour conclut que le fait qu'il ne se soit pas arrêté lorsqu'il a été clairement prévenu de vive voix que cela faisait mal, signifie que la poursuite a établi hors de tout doute raisonnable la *mens rea* et l'*actus reus* quant à cet acte.

De plus, compte tenu de l'absence de consentement à la pénétration anale signifiée par la plaignante, d'abord verbalement, puis physiquement, il incombait au Lieutenant Nystrom d'obtenir un consentement manifeste à toute pénétration anale ultérieure, ce qu'il n'a pas fait, et la Cour, à cet égard, conclut que ces actes constituaient une agression sexuelle. [Je souligne.]

[29] Ce dernier paragraphe de l'extrait cité, tel qu'il est formulé, impose à l'accusé, qui avait le consentement verbal explicite de la plaignante pour une relation anale, le fardeau d'obtenir de celle-ci un consentement clair pour chacune des pénétrations anales subséquentes à la première.

[30] La procureure de l'intimée reconnaît que, dans sa formulation actuelle, ce paragraphe, lorsque pris isolément, est juridiquement erroné quant au fardeau qu'il impose à l'accusé. J'ajouterais qu'il le demeure même si lecture généreuse et libérale en est faite avec le paragraphe qui le précède.

[31] Indeed, a reading of these two paragraphs together reveals that there was a burden on the accused, who was having consensual anal sexual intercourse with the complainant, to obtain from her a clear consent to pursue each of the penetrations after she said she felt pain during the first unsuccessful attempt at penetration. With respect, I do not think that, in the context of intense sexual activities that lasted two and a half hours, the expression of moans of pain entails or necessarily implies a withdrawal of consent to sexual activity. It should be borne in mind that the anal penetration episode was followed by vaginal intercourse to which the complainant was also consenting: see the testimony of the complainant on cross-examination, in the Appeal Book, Vol. II, at page 309.

[32] Furthermore, the Chief Judge accepted the complainant's testimony that she had categorically objected verbally to anal intercourse after experiencing some pain: see the complainant's testimony in the Appeal Book, Vol. II, at pages 241 to 243. But Lieutenant Gill, who, I note, was a friend of the complainant, stated in his testimony that the complainant told him unequivocally that she had never asked the accused to stop and that she had never expressed her refusal: see his testimony in Vol. II of the Appeal Book, at page 226. The complainant also explained to Lieutenant Gill that this is why she had not filed a complaint earlier with the police, because she feared she would not be credible: Appeal Book, Vol. II.

[33] The complainant, moreover, admitted on cross-examination that she had consented to a second attempt at anal penetration and that in her statement to the military police, in reply to the question whether she had said "no" or "stop", she replied that she did not think she had said that: Appeal Book, Vol. III, at pages 301 to 304. The Chief Judge does not address these contradictions in the complainant's testimony in relation to her prior statements and her testimony on examination-in-chief.

[34] That the Chief Judge ignored or trivialized the impact of Lieutenant Gill's testimony in this regard is surprising. It is even more surprising because she says of this witness and of Lieutenants Williams and Brooks that they were disinterested, credible and reliable witnesses.

[31] En effet, une lecture combinée de ces deux paragraphes révèle l'imposition à l'accusé, qui avait des relations sexuelles anales consensuelles avec la plaignante, d'un fardeau d'obtenir de celle-ci un consentement clair à la poursuite de chacune des activités de pénétration après que celle-ci eut exprimé ressentir des douleurs lors de la première tentative échouée de pénétration. Avec respect, je ne crois pas que, dans le contexte d'ébats amoureux passionnés, d'une durée de deux heures et demie, l'expression d'un gémissement de douleur entraîne ou implique nécessairement un retrait de consentement à l'activité sexuelle. Il ne faut pas oublier que l'épisode de pénétration anale fut suivi de relations vaginales auxquelles la plaignante était aussi consentante : voir le témoignage de la plaignante en contre-interrogatoire au dossier d'appel, vol. II, à la page 309.

[32] En outre, la juge en chef accepta le témoignage de la plaignante affirmant qu'elle s'était catégoriquement objectée verbalement aux relations anales après avoir éprouvé de la douleur : voir le témoignage de la plaignante au dossier d'appel, vol. II, aux pages 241 à 243. Or, le lieutenant Gill, qui, je le rappelle, était un ami de la plaignante, a affirmé dans son témoignage que la plaignante lui a dit sans équivoque qu'elle n'avait jamais demandé à l'accusé d'arrêter et qu'elle n'a jamais exprimé son refus : voir son témoignage au vol. II du dossier d'appel, à la page 226. La plaignante a aussi expliqué au lieutenant Gill que c'est là la raison pour laquelle elle n'avait pas porté plainte plus tôt à la police car elle craignait de ne pas être crédible : dossier d'appel, vol. II.

[33] De plus, la plaignante a admis en contre-interrogatoire qu'elle avait consenti à une deuxième tentative de pénétration anale et que lors de sa déclaration à la police militaire, en réponse à la question de savoir si elle avait dit « non » ou « arrête », elle a répondu qu'elle ne pensait pas l'avoir dit : dossier d'appel, vol. III, aux pages 301 à 304. La juge en chef ne traite pas de ces contradictions dans le témoignage de la plaignante par rapport à ses déclarations antérieures et son témoignage en interrogatoire principal.

[34] Que la juge en chef ait ignoré ou banalisé à cet égard l'impact du témoignage du lieutenant Gill est surprenant, d'autant plus surprenant qu'elle dira de ce témoin ainsi que des lieutenants Williams et Brooks qu'ils se sont avérés des témoins désintéressés, crédibles et

She even added that where there was obvious contradiction between their testimony and that of the complainant or the accused, she preferred to adopt their testimony. I reproduce the relevant passages, which are at page 484 of Vol. III of the Appeal Book:

The court will begin by assessing the testimony of Lieutenant Gill, Lieutenant Williams, and Lieutenant Brooks and the reliability of their testimony. Neither the prosecution nor the defence suggested they were anything other than credible and reliable. The court found them all to be straightforward, direct, candid, concise, willing to say when they did not know something, and not willing to succumb to suggestion. None had any real reason to favour either the complainant or the accused and all seemed to be in a general sense friends of both.

Their testimony was largely uncontradicted, and when there was a clear contradiction between their testimony and that of the complainant or accused, the court generally preferred the testimony of these witnesses. [Emphasis added.]

[35] The Chief Judge avoided the difficulty by finding that there was no direct contradiction between the testimony of the two, but instead a dissonance that was not significant. At page 496 of Vol. III of the Appeal Book, she writes:

The court finds that there is no direct contradiction between the two witnesses. This is more a situation of I said/you heard dissonance which is explained by the respective knowledge and understanding of the parties and which is not significant.

[36] With respect, I think there is an obvious contradiction between the testimony of the complainant and the testimony of Lieutenant Gill. Moreover, this contradiction is significant since it is unequivocal and bears on an essential element of the offence, the absence of consent. This so-called dissonance must also be analysed and considered in light of the evidence as a whole and the testimony of the complainant, which, as we will see later, was not always truthful.

[37] To conclude on the issue of the withdrawal of the complainant's consent, I find the Chief Judge erred in law when she imposed on the accused the obligation to ensure that he had the complainant's consent to the

fiables. Elle a même ajouté qu'en cas de contradiction évidente entre leurs témoignages et ceux de la plaignante ou de l'accusé, elle préférerait retenir leurs témoignages. Je reproduis les passages pertinents que l'on retrouve à la page 484 du vol. III du dossier d'appel :

[TRADUCTION] La Cour commencera par apprécier la fiabilité des témoignages du Lieutenant Gill, du Lieutenant Williams et du Lieutenant Brooks. Ni la poursuite, ni la défense, n'a donné à penser ces témoins n'étaient pas crédibles et fiables. La Cour a estimé que ceux-ci avaient tous été francs, directs, spontanés, concis, prêts à avouer qu'ils ne savaient pas telle ou telle chose et ne se laissaient pas influencer. Aucun d'eux n'avait un motif valable de favoriser soit la plaignante, soit l'accusé, et ils semblaient tous, de manière générale, amis de ces deux personnes.

Leurs témoignages demeurent largement non contredits et lorsqu'il y avait une nette contradiction entre leurs témoignages et celui de la plaignante ou celui de l'accusé, la Cour a privilégié, d'une manière générale, le témoignage de ces témoins. [Je souligne.]

[35] La juge en chef contournera la difficulté en concluant qu'il n'y avait pas de contradiction directe entre les deux témoignages, mais plutôt une dissonance qui n'est pas significative. À la page 496 du vol. III du dossier d'appel, elle écrit :

[TRADUCTION] La Cour conclut qu'il n'y a pas de contradiction directe entre les deux témoignages. Il s'agit plutôt d'un cas de dissonance qui s'explique par la connaissance et la compréhension respective des parties et il ne s'agit pas de quelque chose d'important.

[36] Avec respect, je crois qu'il existe une contradiction évidente entre le témoignage de la plaignante et celui du lieutenant Gill. En outre, cette contradiction est significative puisqu'elle est non équivoque et porte sur un élément essentiel de l'infraction, soit l'absence de consentement. Cette soi-disant dissonance doit aussi être analysée et replacée dans l'ensemble de la preuve et du témoignage de la plaignante, lequel, comme nous le verrons plus tard, ne s'est pas toujours logé à l'enseigne de la vérité.

[37] Pour conclure sur la question du retrait de consentement de la plaignante, je crois que la juge en chef s'est méprise en droit lorsqu'elle a imposé à l'accusé l'obligation de s'assurer du consentement de la plaignante

sexual activities subsequent to the initial unsuccessful attempt at anal penetration, when the evidence was contradictory and uncertain at best as to whether the complainant, as paragraph 273.1(2)(e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 states, had expressed, by her words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activities.

V. Credibility and reliability of the complainant's testimony

[38] As previously mentioned, the victim's testimony about the verbal expression of her withdrawal of consent was contradicted by Lieutenant Gill's testimony.

[39] Furthermore, the victim deliberately misled her friends about the extent of her injuries and the medical treatment she received. In the week of August 4 to 10, 2003, she confided to Lieutenants Brooks and Williams that she had to get stitches in her vagina as a result of the sexual relations with the accused, which was not true: see the testimony of Lieutenant Gill in Vol. II of the Appeal Book, at page 224. She also complained of abdominal pains: see the Appeal Book, Vol. III, at page 486. Yet, on Saturday, August 9, she ran ten kilometres with Lieutenant Williams that she denied doing or did not remember, then went to the beach with the accused, Lieutenant Gill and another person: Appeal Book, Vol III, at pages 486 and 487. She stated in her examination that she was unable to run because of the pain from her injuries: Appeal Book, Vol. II, at page 251. But this did not prevent her from playing beach volleyball on the Sunday, Monday and Wednesday following the Saturday assault and going to the beach on the following Thursday, Friday and Saturday with the accused and Lieutenant Gill: Appeal Book, Vol. II, at page 300.

[40] The Chief Judge said she was satisfied that the complainant had lied to her friends and exaggerated the seriousness of her injuries. At pages 496 and 497 of Vol. III of the Appeal Book, she writes in her reasons:

In regard to the issue of medical treatment, it is clear that the complainant misled a number of her friends about what

pour les activités sexuelles subséquentes à la première tentative ratée de pénétration anale alors qu'au mieux la preuve était contradictoire et incertaine quant à la question de savoir si la plaignante, comme l'indique l'alinéa 273.1(2)(e) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, avait manifesté par ses paroles ou son comportement l'absence d'accord à la poursuite des activités.

V. La crédibilité et la fiabilité du témoignage de la plaignante

[38] Tel que déjà mentionné, le témoignage de la victime quant à l'expression verbale de son retrait de consentement était contredit par le témoignage du lieutenant Gill.

[39] De plus, la victime a délibérément trompé ses amis quant à l'étendue de ses blessures et quant au traitement médical qu'elle a reçu. Dans la semaine du 4 au 10 août 2003, elle confia aux lieutenants Brooks et Williams qu'elle avait dû recevoir des points de suture au vagin suite aux relations sexuelles avec l'accusé, ce qui n'était pas vrai : voir le témoignage du lieutenant Gill au vol. II du dossier d'appel, à la page 224. Elle s'est aussi plainte de douleurs abdominales : voir le dossier d'appel, vol. III, à la page 486. Pourtant, le samedi 9 août, elle effectue avec la lieutenant Williams une course de dix kilomètres qu'elle niera avoir faite ou dont elle ne se souvient pas, pour ensuite se rendre à la plage avec l'accusé, le lieutenant Gill et une autre personne : dossier d'appel, vol. III, aux pages 486 et 487. Elle dira dans son interrogatoire qu'elle était incapable de courir à cause de la douleur provenant de ses blessures : dossier d'appel, vol. II, à la page 251. Ce qui, toutefois, ne l'empêchait pas de jouer au « volleyball » de plage les dimanche, lundi et mercredi suivants l'agression du samedi et de se rendre à la plage les jeudi, vendredi et samedi suivants avec l'accusé et le lieutenant Gill : dossier d'appel, vol. II, à la page 300.

[40] La juge en chef se dit satisfaite que la plaignante a menti à ses amis et a exagéré la gravité de ses blessures. Aux pages 496 et 497 du vol. III du dossier d'appel, elle écrit dans ses motifs :

[TRADUCTION] En ce qui concerne la question du traitement médical, il est clair que la plaignante a induit

she had done and what had been done to her. This issue is much more significant for the court.

After a careful review of the testimony here, the court is satisfied that the complainant did not tell the truth to her friends and that this is reflective of a consistent exaggeration of the impact of her physical ailments, which also can be seen in her recollection of her physical activity in the 2 to 16 August 2003 time frame, which, in her testimony, did not include a 10-kilometre run. It also includes her interpretation and account of what Ms Pleadwell had observed during her examination of her.

The court has considered very carefully whether these discrepancies are of a degree and nature that it shouldn't raise a reasonable doubt about the complainant's other testimony, and the court has assessed they are not. It is clear that she mentally had a view of and a concern about her physical injuries, which were not reflective of an air of reality, but the court is satisfied that this is limited to that area of her testimony. [Emphasis added.]

[41] In fact, while recognizing the significance of the complainant's lie and that a deliberate lie is a serious matter that can taint the entirety of her testimony (Appeal Book, Vol III, at page 472), the Chief Judge chose to limit its negative impact to the sole question of the seriousness of the injuries.

[42] With respect, this lie was highly significant since the exaggerated gravity of the injuries helped to make the lack of consent alleged by the complainant more plausible as well as making the defence of an honest but mistaken belief in the existence of consent less plausible. Added to this lie is her statement, clearly contradicted by her own prior statements to Lieutenant Gill, that she had asked the accused to stop.

[43] The complainant also testified that during the first conversation with Lieutenant Williams when she told her about the incident, Lieutenant Williams was very shocked and disgusted to hear what had happened and became very emotional: Appeal Book, Vol. II, at page 245. She added that Lieutenant Williams recommended that she have some photographs taken of the bruises.

en erreur un certain nombre de ses amis quant à ce qu'elle a fait et quant à ce qui lui a été fait. Cette question est beaucoup plus importante aux yeux de la Cour.

Après un examen attentif du témoignage en l'espèce, la Cour est convaincue que la plaignante n'a pas dit la vérité à ses amis et que cela reflète une exagération systématique des effets occasionnés par ses troubles physiques, ce qui peut également être constaté dans les souvenirs qu'elle avait de son activité physique entre le 2 et le 16 août 2003, lesquels souvenirs, dans son témoignage, ne comprenaient pas une course de 10 kilomètres. Son témoignage comprenait également son interprétation et compte rendu de ce que Mme Pleadwell avait constaté lorsqu'elle l'avait examinée.

La Cour a examiné très attentivement si ces divergences sont d'un degré et d'une nature tels qu'elles devraient soulever un doute raisonnable quant à l'autre témoignage de la plaignante et la Cour a estimé que ce n'était pas le cas. Il est clair que, mentalement, elle avait une idée de ses blessures corporelles qui ne correspondait pas avec la réalité, mais la Cour est convaincue que cela se limite à cet aspect de son témoignage. [Je souligne.]

[41] En fait, tout en reconnaissant l'importance du mensonge de la plaignante et qu'un mensonge délibéré est un geste sérieux qui peut colorer un témoignage dans son entier (dossier d'appel, vol. III, à la page 472), la juge en chef a choisi d'en limiter l'impact négatif à la seule question de la gravité des blessures.

[42] Avec respect, ce mensonge en l'espèce était très significatif car la gravité exagérée des blessures contribuait à la fois à rendre plus plausible l'absence de consentement alléguée par la plaignante et plus invraisemblable la défense d'une croyance honnête, mais erronée, en l'existence d'un consentement. À ce mensonge s'ajoute son affirmation, nettement contredite par ses dires antérieurs au lieutenant Gill, qu'elle avait demandé à l'accusé de s'arrêter.

[43] La plaignante a aussi affirmé lors de son témoignage que la lieutenant Williams, à qui elle a raconté l'incident lors de leur première conversation, était très choquée et très dégoûtée d'entendre ce qui lui était arrivé et devint très émotive : dossier d'appel, vol. II, à la page 245. Elle a ajouté que la lieutenant Williams lui avait recommandé de faire prendre des photographies des ecchymoses.

[44] But Lieutenant Williams, whose credibility and reliability, I recall, was acknowledged by the Chief Judge, contradicted this testimony of the complainant. First she stated that she had not noted anything in the complainant's conduct that had upset the complainant: Appeal Book, Vol. II, at pages 356 and 357. She then stated that the idea of having photographs taken had not even crossed her mind and that consequently she had not made any such suggestion to that effect to the complainant: Appeal Book, Vol. II, at page 365.

[45] The Chief Judge determined that this was a minor discrepancy that was not significant and consequently gave it no weight. In the circumstances, I cannot accept this finding. Had this discrepancy been the only contradiction with a credible witness, then its significance could perhaps be put into perspective and its impact could take on less importance although I am far from convinced that it can be done. The fact is that, in addition to this discrepancy, we have the complainant's evidence concerning the verbal withdrawal of consent contradicted by the testimony of Lieutenant Gill and the complainant's lie about the seriousness of her injuries. In my view, this lie is significant because the complainant testified that the injuries she sustained were sufficiently significant to evoke repulsion and disgust in her friend and be immortalized on film.

[46] The Chief Judge also rejected as minor and of no importance the contradiction between the complainant's testimony and that of Lieutenant Gill in relation to the fact that he, the complainant and the accused had gone to the beach together on Saturday afternoon, August 2, 2003, the very day of the sexual assault. She found it was an oversight on the part of the complainant.

[47] With respect, it seems to me that a complainant who claims to have been the victim of a cruel and brutal sexual assault (see the testimony of the complainant, Appeal Book, Vol. II, at pages 250, 264, 266, 267 and 272) marked, as she claims, by five non-consensual anal penetrations in addition to the two to which she had consented to (Appeal Book, Vol. II, at page 312), should be able to recall whether on the very afternoon of the day of the assault, she drove to the beach with her attacker and Lieutenant Gill. Given her testimony that she fears her

[44] Or, la lieutenant Williams, dont la crédibilité et la fiabilité, je le rappelle, furent reconnues par la juge en chef, a contredit ce témoignage de la plaignante. D'abord elle a déclaré qu'elle n'avait rien noté dans le comportement de la plaignante qui avait suscité chez cette dernière un émoi : dossier d'appel, vol. II, aux pages 356 et 357. Ensuite, elle a affirmé que l'idée de faire prendre des photographies ne lui avait pas effleuré l'esprit et qu'en conséquence elle n'avait pas fait une telle suggestion à la plaignante : dossier d'appel, vol. II, à la page 365.

[45] La juge en chef a conclu qu'il s'agissait là d'une divergence mineure qui n'était pas significative et ne lui a, par conséquent, attaché aucun poids. Je ne puis partager cette conclusion dans les circonstances. S'il s'était agi là de la seule contradiction avec un témoin crédible, peut-être, encore que j'en suis loin d'être convaincu, pourrait-on en relativiser l'importance et l'impact. Mais elle s'ajoute à celle qui émane du témoignage du lieutenant Gill quant à l'expression verbal du retrait de consentement ainsi qu'aux mensonges de la plaignante quant à la gravité des blessures qu'elle disait avoir subies. En fait, cette contradiction est significative puisque la plaignante laisse entendre par son témoignage que les blessures étaient suffisamment importantes pour susciter répulsion et dégoût chez son amie et être immortalisées sur pellicule.

[46] La juge en chef a également rejeté comme mineure et sans impact la contradiction qui existait entre le témoignage de la plaignante et celui du lieutenant Gill relativement au fait que lui, la plaignante et l'accusé soient allés ensemble à la plage dans l'après-midi du samedi, 2 août 2003, soit la journée même de l'agression sexuelle. Elle a jugé qu'il s'agissait d'un oubli de la part de la plaignante.

[47] Avec respect, il me semble qu'une plaignante qui a été victime d'une agression sexuelle qu'elle dit cruelle, brutale (voir le témoignage de la plaignante, dossier d'appel, vol. II, aux pages 250, 264, 266, 267 et 272) et ponctuée, comme elle l'affirme, de cinq pénétrations anales non consensuelles en plus des deux auxquelles elle avait consenti (dossier d'appel, vol. II, à la page 312), doit pouvoir se rappeler si, l'après-midi même de l'agression survenue tôt le matin, elle s'est rendue avec son automobile à la plage, en compagnie de son agresseur

attacker, seeks to avoid him and wants to distance herself from him, she should have little difficulty remembering the circumstances surrounding her trip to the beach on that fateful day (see her testimony at pages 251, 259 to 261 and 267.) Further, it is difficult to explain or reconcile the complainant's story with the following facts. How can one explain that, on the Saturday following the assault, the complainant returned to the beach with the accused and Lieutenant Gill and spent part of the afternoon stretched out on the same blanket with the accused (see the cross-examination at page 261). What is one to make of the fact that the complainant helped the accused and Lieutenant Gill prepare for an examination that they were to take on Monday following the assault (see the reasons of the Chief Judge, Appeal Book, Vol. III, at page 497). What to make of the corroborating testimony of Lieutenants Gill and Brooks wherein it is stated that the complainant, on several occasions, inquired as to whether the accused was still interested in her, what he was thinking and saying about her and in respect to the current state of their relationship? (see the testimony of Lieutenants Gill and Brooks, Appeal Book, Vol. II, at pages 213 and 378.)

[48] At page 498 of her reasons, Vol. III of the Appeal Book, the Chief Judge answered these questions in these words:

It is stereotypical and not required that a person subjected to sexual assault must always and immediately resist, scream, run away, immediately report the incident, and stay away from the perpetrator. It depends on the nature of the assault, the relationship between the parties, and their intentions.

In this case, the complainant's actions were consistent with someone, who, while not consenting to certain things done to her, was prepared to overlook them if they were not really evidence of deliberate abuse; that is, they were inadvertent or isolated and occurred in the context of an overall more comprehensive and supportive relationship.

[49] I agree with the Chief Judge that care must be taken not to apply stereotypes in addressing these questions. However, I agree with counsel for the defence that the complainant's conduct after the assault is hard to

et du lieutenant Gill. La remémoration, me semble-t-il, doit être encore plus facile lorsque l'on affirme, comme la plaignante le fait, craindre son agresseur, chercher à l'éviter et vouloir s'en distancer : voir son témoignage aux pages 251, 259 à 261 et 267. Comment alors expliquer que, le samedi suivant l'agression, elle retourne à la plage avec l'accusé et le lieutenant Gill et s'étend sur la même couverture pour une partie de l'après-midi? (sur le fait qu'elle partageait la même couverture, voir le contre-interrogatoire à la page 261). Que conclure du fait qu'elle a aidé l'accusé et le lieutenant Gill à se préparer pour un examen qu'ils devaient subir le lundi suivant l'agression? (voir les motifs de la juge en chef, dossier d'appel, vol. III, à la page 497). Quelle conclusion faut-il prendre des témoignages concordants des lieutenants Gill et Brooks selon lesquels la plaignante, à plusieurs occasions, s'informait si l'accusé était encore intéressé à elle, voulait savoir ce qu'il pensait et disait d'elle et démontrait de l'intérêt quant à l'état actuel de leurs relations? (voir les témoignages des lieutenants Gill et Brooks, dossier d'appel, vol. II, aux pages 213 et 378).

[48] À la page 498 de ses motifs, vol. III du dossier d'appel, la juge en chef a répondu à ces interrogations en ces termes :

[TRADUCTION] Il s'agit d'un cliché et il n'est nullement exigé qu'une personne qui subit une agression sexuelle doive toujours immédiatement résister, crier, se sauver, rapporter tout de suite l'incident et se tenir loin de l'auteur du crime. Tout dépend de la nature de l'agression, de la relation qui existe entre les parties ainsi que des intentions des parties.

En l'espèce, les actes posés par la plaignante étaient compatibles avec ceux qu'aurait posés une personne qui, bien qu'elle n'ait pas consenti pas à ce qu'on lui fasse certaines choses, est prête à les oublier pourvu qu'elles ne soient pas vraiment preuve d'abus délibéré; c'est-à-dire que les choses qu'on lui a faites ont été involontaires ou isolées et se sont produites dans le contexte d'une relation plus générale marquée par le soutien.

[49] Je suis d'accord avec la juge en chef qu'il faut bien se garder de répondre à ces interrogations par l'application de stéréotypes. Mais je suis d'accord avec les procureurs de la défense que son comportement après

reconcile, if at all possible, with the degree of brutality she claims to have suffered and her statements to the effect that she had absolutely no interest in maintaining a relationship with the accused.

[50] With respect, I think that the Chief Judge drew an erroneous and unreasonable inference from this relationship—a remarkable one in the circumstances—that the complainant maintained with the accused after the sexual activities of August 2, 2003, which the complainant characterizes as brutal sexual assault. Furthermore, the Chief Judge appears to have assigned little if any weight to the fact that the complaint of sexual assault was filed only after the complainant was informed that the accused was also seeing other women, was not interested in a stable relationship with her, and was saying rather unflattering things about her: see her testimony at Vol. II of the Appeal Book, at pages 267 to 268 and 275 to 278. The complainant said it was just a coincidence that the two events occurred during the same time period: Appeal Book, Vol. II, at page 299.

[51] It is always a sensitive matter for an appeal court to intervene on questions of credibility and assessment of the evidence. However, when an accused alleges that the conviction imposed on him is unreasonable, the Court of Appeal must examine the evidence, not in order to substitute its own assessment, but in order to determine whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have returned: see Cournoyer and Ouimet, *Code criminel annoté 2003* (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2002), page 1066, citing *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *R. v. Molodowic*, 2000 SCC 16, [2000] 1 S.C.R. 420.

[52] The Court of Appeal retains the power to set aside an unreasonable verdict even when it rests on a question of credibility: *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474. In reviewing the evidence, it must satisfy itself that the verdict can be supported by it.

[53] The Chief Judge correctly cited—since it is also applicable in this case—the following test, taken from the judgments in *R. v. M.G.*, 73 O.A.C. 356, 93 C.C.C. (3d) 347, 1994 CanLII 8733 and *R. v. B.(R.W.)*, 24 B.C.A.C. 1,

l'agression est difficilement compatible, pour ne pas dire incompatible, avec le degré de brutalité dont elle dit avoir été victime et le fait qu'elle disait n'avoir absolument aucun intérêt à maintenir une relation avec l'accusé.

[50] Avec respect, je crois que la juge en chef a fait une inférence erronée et déraisonnable de cette association, remarquable dans les circonstances, que la plaignante a maintenue avec l'accusé après les ébats sexuels du 2 août 2003 que la plaignante qualifie d'agression sexuelle brutale. De plus, la juge en chef semble n'avoir accordé que peu de poids, si ce n'est aucun, au fait que la plainte d'agression sexuelle ne fut logée qu'après que la plaignante fut informée que l'accusé fréquentait aussi d'autres femmes, n'était pas intéressé à une relation stable avec elle et entretenait à son égard des propos peu flatteurs : voir son témoignage au vol. II du dossier d'appel, aux pages 267 à 268 et 275 à 278. La plaignante dira que ce n'est qu'une coïncidence si les deux événements sont survenus durant la même période de temps : dossier d'appel, vol. II, à la page 299.

[51] Il est toujours délicat pour une cour d'appel d'intervenir sur des questions de crédibilité et d'appréciation de la preuve. Toutefois, lorsqu'un accusé allègue que le verdict de culpabilité qui l'afflige est déraisonnable, la Cour d'appel doit examiner la preuve, non pas pour y substituer son appréciation, mais pour décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury ayant reçu les directives appropriées et qui agit de manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre : voir Cournoyer et Ouimet, *Code criminel annoté 2003*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, page 1066, citant *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. Molodowic*, 2000 CSC 16, [2000] 1 R.C.S. 420.

[52] La Cour d'appel conserve le pouvoir d'annuler un verdict déraisonnable même lorsque celui-ci repose sur une question de crédibilité : *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474. Dans son exercice de révision de la preuve, elle doit s'assurer que le verdict peut s'appuyer sur celle-ci.

[53] La juge en chef a cité à propos — puisque c'est aussi le cas en l'espèce — le test suivant, emprunté aux arrêts *R. v. M.G.*, 73 O.A.C. 356, 93 C.C.C. (3^d) 347, 1994 CanLII 8733 et *R. v. B.(R.W.)*, 24 B.C.A.C. 1, 40

40 W.A.C. 1, [1993] B.C.J. No. 758 (QL), in relation to the possible impact that some contradictions may have on the credibility of a critical witness [at pages 9 and 10]:

Where as here, the case for the Crown is wholly dependent upon the testimony of the complainant, it is essential that the credibility and reliability of the complainant's evidence be tested in the light of all of the other evidence presented.

In this case there were a number of inconsistencies in the complainant's own evidence and a number of inconsistencies between the complainant's evidence and the testimony of other witnesses. While it is true that minor inconsistencies may not diminish the credibility of a witness unduly, a series of inconsistencies may become quite significant and cause the trier of fact to have a reasonable doubt about the reliability of the witness's evidence. There is no rule as to when, in the face of inconsistency, such doubt may arise but at the least the trier of fact should look to the totality of the inconsistencies in order to assess whether the witness's evidence is reliable. This is particularly so when there is no supporting evidence on the central issue, which is the case here.

[54] Unfortunately, as we have seen, she misapprehended the scope and effect of a number of the contradictions in the complainant's testimony, either in relation to prior statements she had made or in relation to the conduct she displayed after the assault.

[55] I would add, in closing, that a reading of the complainant's testimony reveals a reticent witness, rather evasive to say the least and with a selective, elusive and, when needed, self-serving memory about the prior statements made to the military police and her friends: see, for example, pages 253, 254, 255 to 259, 264, 272, 273, 279 to 281, 285 to 288, 290, 295 and 296 of Vol. II of the Appeal Book, which contains the transcript of her testimony on cross-examination. After being confronted with her prior statements to the police, and testifying on examination-in-chief that she had objected after the failed attempt at anal penetration, she ended up confessing that she had consented to a second attempt at anal penetration: Appeal Book, Vol. II, at pages 301 and 302.

W.A.C. 1, [1993] B.C.J. n° 758 (QL), relativement à l'appréciation que des contradictions peuvent avoir sur la crédibilité d'un témoin décisif [aux pages 9 et 10] :

[TRADUCTION] Lorsque, comme en l'espèce, la preuve du ministère public dépend entièrement du témoignage de la plaignante, il est essentiel que la crédibilité et la fiabilité du témoignage de la plaignante soient évaluées au regard de l'ensemble de tous les autres témoignages présentés.

En l'espèce, il existait un certain nombre de contradictions dans le témoignage de la plaignante ainsi qu'un certain nombre de contradictions entre le témoignage de la plaignante et le témoignage des autres témoins. Même s'il est vrai que des contradictions mineures ne diminuent pas indûment la crédibilité d'un témoin, une série de contradictions peuvent devenir assez importantes et peuvent faire naître un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la fiabilité du témoignage du témoin. Il n'existe aucune règle quant à savoir quand, en présence de contradictions, un tel doute peut naître mais, à tout le moins, le juge des faits devrait examiner l'ensemble des contradictions afin d'évaluer si le témoignage du témoin est fiable. Cela vaut particulièrement lorsqu'il n'y a aucune preuve à l'appui quant à la question fondamentale à résoudre, ce qui est le cas en l'espèce.

[54] Malheureusement, comme nous l'avons vu, elle a mal apprécié la portée et l'effet de certaines des contradictions dans le témoignage de la plaignante, soit par rapport à des déclarations antérieures qu'elle a faites, soit par rapport au comportement qu'elle a affichés après l'agression.

[55] J'ajouterais en terminant que la lecture du témoignage de la plaignante révèle un témoin réticent, passablement évasif pour ne pas dire plus, à la mémoire sélective, fuyante et, au besoin, auto-gratifiante par rapport aux déclarations antérieures faites à la police militaire et à ses amis : voir, par exemple, les pages 253, 254, 255 à 259, 264, 272, 273, 279 à 281, 285 à 288, 290, 295 et 296 du vol. II du dossier d'appel où l'on retrouve la transcription de son témoignage en contre-interrogatoire). Après avoir été confrontée à ses déclarations antérieures à la police et après avoir témoigné en interrogatoire principal qu'elle s'était objectée après la tentative manquée de pénétration anale, elle a fini par avouer qu'elle avait consenti à une deuxième tentative de pénétration anale : dossier d'appel, vol. II, aux pages 301 et 302.

VI. Credibility and reliability of the accused's testimony

[56] The Chief Judge, after hearing the testimony of the accused, found that he had answered each of the questions and that his testimony had clearly stood up to cross-examination: see the reasons for decision, at page 488 of Vol. III of the Appeal Book. However, she did not believe the accused when he stated that all the sexual contacts were consensual. At the heart of her rejection of the accused's testimony is the conversation he had, when he woke up, with Lieutenant Gill.

[57] According to the accused's testimony, he encountered Lieutenant Gill in the bathroom and the latter inquired as to what had happened during the night. The accused says he told him that apparently things got a little rough. In his testimony, Lieutenant Gill confirmed the existence and content of this conversation, but without mentioning the word "apparently".

[58] The accused testified that he met the complainant and spoke with her before speaking to Lieutenant Gill. While speaking with the complainant, he says, he learned that things had gotten a little rough. The complainant confirms that they talked that morning and that she told him that he had been rough with her: see the complainant's testimony, Appeal Book, Vol. II, at page 248.

[59] The Chief Judge thought the content and timing of this conversation between Lieutenant Gill and the accused were important and significant items in assessing the credibility of the accused on the question of the complainant's consent to the sexual activities. At pages 490 and 491 of her reasons, Vol. III of the Appeal Book, she writes:

When Lieutenant Nystrom woke up and went to the bathroom the next morning at around 10:30 a.m. to brush his teeth and ran into Lieutenant Gill asking him questions about how things went the night before, according to the account provided by Lieutenant Nystrom, he might appropriately have responded to the effect it was a mutually satisfactory experience from which the complainant's actions indicated she derived pleasure and which lasted

VI. La crédibilité et la fiabilité du témoignage de l'accusé

[56] La juge en chef, après avoir entendu le témoignage de l'accusé, a conclu que ce dernier avait bien répondu à chacune des questions et que son témoignage avait bien résisté au contre-interrogatoire : voir les motifs de la décision, à la page 488 du vol. III du dossier d'appel. Cependant, elle n'a pas cru l'accusé lorsqu'il a affirmé que tous les contacts sexuels étaient consensuels. Au cœur du rejet du témoignage de l'accusé s'est retrouvé la conversation qu'il a eue, à son réveil, avec le lieutenant Gill.

[57] En effet, selon le témoignage de l'accusé, il a rencontré le lieutenant Gill dans la salle de bain et ce dernier s'est enquis de ce qui s'était passé dans la nuit. Il lui aurait dit qu'apparemment les choses s'étaient déroulées d'une façon un peu dure (*apparently things got a little rough*). Dans son témoignage, le lieutenant Gill a confirmé l'existence et la teneur de cette conversation, mais sans faire mention du mot « apparemment ».

[58] L'accusé a témoigné qu'il avait rencontré et parlé à la plaignante avant de parler au lieutenant Gill. C'est en parlant avec la plaignante qu'il dit avoir appris que les choses s'étaient déroulées d'une façon un peu dure. La plaignante confirme qu'ils se sont entretenus ensemble ce matin-là et qu'elle lui a dit qu'il avait été dur avec elle : voir le témoignage de la plaignante, dossier d'appel, vol. II, à la page 248.

[59] La juge en chef a estimé que la teneur et le moment de cette conversation entre le lieutenant Gill et l'accusé étaient des éléments importants et significatifs pour l'appréciation de la crédibilité de ce dernier quant à la question du consentement de la plaignante aux activités sexuelles. Aux pages 490 et 491 de ses motifs, vol. III du dossier d'appel, elle écrit :

[TRADUCTION] Lorsque le Lieutenant Nystrom s'est réveillé et s'est rendu à la salle de bain le lendemain matin, vers 10 h 30, pour se brosser les dents, il a rencontré le Lieutenant Gill qui lui a demandé comment les choses s'étaient déroulées la nuit précédente. Selon le récit du Lieutenant Nystrom, celui-ci aurait peut-être répondu que cela avait été une expérience mutuellement satisfaisante et que les actes de la plaignante avaient témoigné qu'elle

an unusually long time before he ejaculated. The court is not indicating that those would necessarily be the words but that would be something that was consistent with the activities that were described by Lieutenant Nystrom.

He would have no reason to use, in any context, the phrase “things got a little rough”. The account provided is in total contradiction to that statement. Both Lieutenant Gill and Lieutenant Nystrom, in their testimony, remember the statement being made at that time and in that place.

Lieutenant Nystrom did say that he meant by this things apparently got a little rough in the complainant’s mind because of the bruise on her breast.

And, in cross-examination, Lieutenant Nystrom changed his account and concluded that he saw Lieutenant Gill a couple of times and had dinner in there sometime, and that he thinks he must have spoken to the complainant, then to Lieutenant Gill, but the much more detailed account he provides in direct and the account that accords with Lieutenant Gill’s testimony is that Lieutenant Nystrom says this in the bathroom just after he gets up, and before he goes to talk to the complainant.

This is a very significant matter, and the court considers it critical because it is inconsistent with all of Lieutenant Nystrom’s account of what occurred in his room.

It is that same fact which, when the court reviews the second step in *R. v. W.D.*; that is, whether Lieutenant Nystrom’s testimony, even if not believed, results in a reasonable doubt about an essential element of the offence, which leads the court to the conclusion that it does not. [Emphasis added.]

[60] According to the Chief Judge, the accused changed his testimony on cross-examination to say that he had spoken to Lieutenant Gill after he had talked to the complainant. I acknowledge that the accused’s testimony as a whole is confusing about the time at which and the order in which he spoke to Lieutenant Gill and the complainant. The lawyers doubtless should have clarified this matter. Having said this, I think the Chief Judge was mistaken when she found that the accused had changed his version on cross-examination, because, both on examination and on cross-examination, he says he told Lieutenant Gill

avait eu du plaisir et que cela avait duré plus longtemps que cela n’aurait dû avant qu’il éjacule. La Cour ne donne pas à entendre qu’il s’agit nécessairement là des paroles tenues par le Lieutenant Nystrom, mais cela serait compatible avec les activités décrites par le Lieutenant Nystrom.

Celui-ci n’aurait aucun motif d’utiliser, dans quelque contexte que ce soit, la phrase « les choses se sont un peu déchaînées ». Le récit fourni contredit complètement cette déclaration. Le Lieutenant Gill et le Lieutenant Nystrom, dans leur témoignage, se souviennent que cette déclaration a été faite à ce moment et à cet endroit.

Le Lieutenant Nystrom a affirmé qu’il voulait dire par là qu’il semblait que les choses s’étaient déchaînées dans l’esprit de la plaignante en raison de l’ecchymose sur son sein.

Et, en contre-interrogatoire, le Lieutenant Nystrom a modifié son récit et a conclu qu’il avait vu le Lieutenant Gill à quelques reprises et qu’il avait mangé là à un certain moment et qu’il croit qu’il a dû parler à la plaignante, puis au Lieutenant Gill, mais le récit le plus détaillé qu’il fournit en directe et le récit qui correspond au témoignage du Lieutenant Gill est que cela s’est passé dans la salle de bain juste après qu’il se soit levé et avant qu’il aille parler à la plaignante.

Il s’agit d’une question très importante et la Cour l’estime cruciale parce que cela contredit l’ensemble du récit du Lieutenant Nystrom quant à ce qui s’est passé dans cette chambre.

C’est ce même fait qui, lorsque la Cour examine la deuxième étape mentionnée dans *R. c. W.D.*, c’est-à-dire la question de savoir si le témoignage du Lieutenant Nystrom, même s’il n’est pas cru, soulève un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l’infraction, amène la Cour à conclure par la négative. [Je souligne.]

[60] Selon la juge en chef, l’accusé a changé son témoignage en contre-interrogatoire pour dire qu’il avait parlé au lieutenant Gill après qu’il eut conversé avec la plaignante. J’avoue que l’ensemble du témoignage de l’accusé demeure quelque peu confus quant au moment où et quant à l’ordre dans lequel il aurait parlé au lieutenant Gill et à la plaignante. Ce point aurait certes mérité d’être mieux cerné par les procureurs. Ceci dit, je crois que la juge en chef s’est méprise lorsqu’elle conclut que l’accusé a changé de version en contre-interrogatoire car, tant en interrogatoire qu’en contre-interrogatoire, il

about the events of the night after discussing them with the complainant. I reproduce the relevant extracts from the examination and cross-examination, which are at pages 399, 403, 418 and 419 of Vol. III of the Appeal Book:

Examination of the accused

Q. What did you do when you woke up?

A. I got up, went to the bathroom and with my toothbrush, brushed my teeth, and that's around, yeah, 10:30 when I actually got out of bed, went over...

Q. What did you do after you brushed your teeth?

A. Came back to my room, got dressed, that's when I'd seen Lieutenant Gill in the bathroom, and I went over to speak with [the Complainant].

...

Q. I direct your attention to the evidence of Lieutenant Gill concerning some discussion about rough sex?

A. Yeah, in the bathroom.

Q. Okay. Can you tell us about the circumstances of that?

A. Yeah. That's when I woke up, I went to brush my teeth. Lieutenant Gill was shaving and he said, "So..." you know, "what happened last night?" Usual "guy" stuff, talking. "Were you with [the Complainant]?" I said yeah, and I said, "Apparently, things got a little rough".

Q. Why did you say that?

A. Because [the Complainant] had alluded to it in our conversation.

Q. Where did this conversation with Gill fit in relative to the conversation with [the Complainant]?

indique qu'il a raconté au lieutenant Gill les événements de la nuit après en avoir discuté avec la plaignante. Je reproduis les extraits pertinents de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire que l'on retrouve aux pages 399, 403, 418 et 419 du vol. III du dossier d'appel :

[TRADUCTION]

Interrogatoire de l'accusé

Q. Qu'avez-vous fait lorsque vous vous êtes réveillé?

R. Je me suis levé, je suis allé à la salle de bain et — avec ma brosse à dents, je me suis brossé les dents et c'est vers 10 h 30 que je me suis levé, que je suis allé [...]

Q. Qu'avez-vous fait après vous être brossé les dents?

R. Je suis retourné à ma chambre, je me suis habillé, à ce moment j'avais déjà vu le Lieutenant Gill dans la salle de bain et je suis allé parler avec la plaignante.

[...]

Q. J'attire votre attention sur le témoignage du Lieutenant Gill concernant une certaine discussion à propos de sexe brutal?

R. Oui, dans la salle de bain.

Q. Ok. Pouvez-vous nous dire comment cela s'est passé?

R. Oui. C'est lorsque je me suis réveillé, je suis allé me brosser les dents. Le Lieutenant Gill était en train de se raser et il a dit, vous savez : « Alors, [...] que s'est-il passé la nuit dernière? » Les conversations habituelles entre « hommes ». Il a demandé : « Étais-tu avec [la plaignante] »? J'ai répondu oui et j'ai dit : « Il semble que les choses se soient un peu déchaînées ».

Q. Pourquoi avez-vous dit cela?

R. Parce que [la plaignante] y a fait allusion dans notre conversation.

Q. Quand avez-vous eu cette conversation avec Gill par rapport au moment où vous avez eu la conversation avec [la plaignante]?

A. After the first conversation [with the Complainant].

Cross-examination of the accused

Q. And then you, with your toothbrush, went into the washroom, that's where you saw Lieutenant Gill?

A. I believe I saw him, I did see him a couple times that morning. I went and brushed my teeth, I also had dinner in there sometime, later on.

Q. Okay. So just to be clear, when you made the comment to Lieutenant Gill with regards to the "things got rough", you're not talking about the first time you see him then. Is that correct?

A. I don't believe so, sir no.

Q. But it's possible?

A. No, sir.

Q. And it's not because...

A. I'm pretty sure I saw him as soon as I woke up, and then I spoke to [the Complainant], and I came back again to my barracks, and then I had gone back to talk to her again, and I'm not sure when I had supper — not supper, dinner before we left for the beach in there. [Emphasis added.]

[61] On the basis of these statements, it was not open to the Chief Judge, on this issue that she considered significant, to find that there was a contradiction in the accused's testimony. In *R. v. Deviller*, 2005 NSCA 71, 233 N.S.R. (2d) 49, the Nova Scotia Court of Appeal describes, in these words, at paragraph 10 of its decision, what a misapprehension of the evidence must be taken to mean:

What is a misapprehension of the evidence? It may consist of "... a failure to consider evidence relevant to a material issue, a mistake ...": ... A trial judge misapprehends the evidence by failing to give it proper effect if the judge draws an "unsupported inference" from the evidence or characterizes a witness's evidence as internally inconsistent when that characterization cannot reasonably be supported on the evidence: ... In **Morrissey**, for example, the trial judge stated that the evidence of two witnesses was "essentially the same", a conclusion not supported by

R. Après la première conversation [avec la plaignante].

Contre-interrogatoire de l'accusé

Q. Puis, avec votre brosse à dents, vous êtes allé à la salle de bain et c'est là que vous avez vu le Lieutenant Gill?

R. Je crois que je l'ai vu, je l'ai vu à quelques reprises ce matin-là. J'y suis allé et je me suis brossé les dents, j'ai ensuite mangé un peu plus tard.

Q. Ok. Soyez clair, lorsque vous avez mentionné au Lieutenant Gill que les « choses s'étaient déchaînées », vous ne parlez pas de la première fois où vous l'avez vu. Est-ce exact?

R. Je ne crois pas, monsieur.

Q. Mais, cela est possible?

A. Non, monsieur.

Q. Et, ce n'est pas parce que [...]

R. Je suis à peu près certain que je l'ai vu aussitôt que je me suis réveillé, et ensuite j'ai parlé à [la plaignante], et je suis retourné à ma caserne et alors je suis allé lui parler à nouveau et je ne me souviens pas exactement quand j'ai soupé — pas soupé, dîné, avant de nous en aller à la plage. [Je souligne.]

[61] Sur la foi de ces dires, il n'était pas loisible à la juge en chef, sur cette question qu'elle jugeait significative, de conclure qu'il existait une contradiction dans le témoignage de l'accusé. Dans l'affaire *R. v. Deviller*, 2005 NSCA 71, 233 N.S.R. (2^d) 49, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse décrit en ces termes, au paragraphe 10 de sa décision, ce qu'il faut entendre par une méprise de la preuve :

[TRADUCTION] Qu'est-ce qu'une mauvaise compréhension de la preuve? Elle peut consister en « [...] un défaut de tenir compte d'un élément de preuve lié à une question de fond, une erreur [...] » : [...] Un juge de première instance fait une interprétation erronée de la preuve en ne lui accordant pas l'effet opportun si le juge tire une [conclusion indéfendable] de la preuve ou qualifie le témoignage d'un témoin comme étant intrinsèquement contradictoire alors que cette qualification ne peut pas être raisonnablement étayée par la preuve : [...] Dans

the record. This was held to be a misapprehension of the evidence. In **C.(J.)**, the trial judge was found to have erred by characterizing the accused's evidence as "internally inconsistent" when this conclusion was not reasonably supported by the record: at para. 9. [Emphasis in original.]

[62] The principles of *Morrissey* (*R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514, 80 O.A.C. 161, 97 C.C.C. (3d) 193; see also *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 24, [2004] 1 S.C.R. 627), referred to by the Nova Scotia Court of Appeal, require that the misapprehension concern material parts of the evidence and not some details, that it be fundamental and not simply peripheral to the reasoning adopted by the Judge, and that it play an essential role in the process resulting in the conviction.

[63] I believe that these tests are met in the case at bar. This misapprehension, in combination with the errors concerning the assessment of the contradictions in the complainant's testimony, renders the verdict unreasonable.

VII. Choice of mode of trial

[64] Although it is not necessary to discuss the constitutionality of section 165.14 of the Act, I am unable to overlook the deep concern this provision raises, particularly in view of the recent expansionist context of the military criminal justice system. I reproduce the section in question (in *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 35, s. 42):

Director to determine type of court martial

165.14 When the Director of Military Prosecutions prefers a charge, the Director of Military Prosecutions shall also determine the type of court martial that is to try the accused person and inform the Court Martial Administrator of that determination.

[65] Traditionally, members of the Armed Forces have enjoyed all the rights normally conferred on Canadian citizens who are criminally prosecuted. In *MacKay v.*

Morrissey, par exemple, le juge de première instance a déclaré que la preuve de deux témoins était « essentiellement la même », une conclusion qui n'était pas étayée par le dossier. Il a été jugé qu'il s'agissait d'une compréhension erronée de la preuve. Dans **C.(J.)**, on a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en qualifiant la preuve de l'accusé d'« intrinsèquement contradictoire » alors que cette conclusion n'était pas raisonnablement étayée par le dossier : au paragraphe 9. [Caractères gras dans l'original.]

[62] Les principes de l'arrêt *Morrissey* (*R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3^d) 514, 80 O.A.C. 161, 97 C.C.C. (3^d) 193; voir aussi *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 24, [2004] 1 R.C.S. 627), auxquels la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse réfère, exigent que la méprise porte sur des éléments substantiels et non sur des détails, qu'elle soit essentielle et non simplement périphérique au raisonnement adopté par le juge et qu'elle joue un rôle essentiel dans le processus conduisant à la condamnation.

[63] Je crois qu'en l'espèce ces critères sont rencontrés. Cette méprise vient s'ajouter aux erreurs quant à l'appréciation des contradictions dans le témoignage de la plaignante, rendant ainsi le verdict déraisonnable.

VII. Le choix du mode de procès

[64] Quoiqu'il ne soit pas nécessaire de discuter de la constitutionnalité de l'article 165.14 de la Loi, je ne peux passer sous silence la profonde inquiétude que soulève cette disposition, particulièrement dans le contexte expansionniste qu'a connu récemment la justice pénale militaire. Je reproduis l'article en question (dans la *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, ch. 35, art. 42) :

Type de cour martiale

165.14 Dans la mise en accusation, le directeur des poursuites militaires détermine le type de cour martiale devant juger l'accusé. Il informe l'administrateur de la cour martiale de sa décision.

[65] En effet, traditionnellement, les membres des Forces armées jouissaient de tous les droits conférés normalement aux citoyens canadiens faisant face à des

The Queen, [1980] 2 S.C.R. 370, McIntyre J., supported by Dickson J., writes at pages 408 and 409:

It must not however be forgotten that, since the principle of equality before the law is to be maintained, departures should be countenanced only where necessary for the attainment of desirable social objectives, and then only to the extent necessary in the circumstances to make possible the attainment of such objectives. The needs of the military must be met but the departure from the concept of equality before the law must not be greater than is necessary for those needs. The principle which should be maintained is that the rights of the serviceman at civil law should be affected as little as possible considering the requirements of military discipline and the efficiency of the service. With this concept in mind, I turn to the situation presented in this case.

Section 2 of the *National Defence Act* defines a service offence as “an offence under this Act, the *Criminal Code*, or any other Act of the Parliament of Canada, committed by a person while subject to the Code of Service Discipline”. The Act also provides that such offences will be triable and punishable under military law. If we are to apply the definition of service offence literally, then all prosecutions of servicemen for any offences under any penal statute of Canada could be conducted in military courts. In a country with a well-established judicial system serving all parts of the country in which the prosecution of criminal offences and the constitution of courts of criminal jurisdiction is the responsibility of the provincial governments, I find it impossible to accept the proposition that the legitimate needs of the military extend so far. It is not necessary for the attainment of any socially desirable objective connected with the military service to extend the reach of the military courts to that extent. It may well be said that the military courts will not, as a matter of practice, seek to extend their jurisdiction over the whole field of criminal law as it affects the members of the armed services. This may well be so, but we are not concerned here with the actual conduct of military courts. Our problem is one of defining the limits of their jurisdiction and in my view it would offend against the principle of equality before the law to construe the provisions of the *National Defence Act* so as to give this literal meaning to the definition of a service offence. The all-embracing reach of the questioned provisions of the *National Defence Act* goes far beyond any reasonable or required limit. The serviceman charged with a criminal offence is deprived of the benefit of a preliminary hearing or the right to a jury trial. He is subject to a military code which differs in some particulars from the civil law, to differing rules of evidence, and to a different and more limited appellate procedure. His right to rely

poursuites pénales. Dans l’arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, le juge McIntyre, appuyé du juge Dickson, écrit aux pages 408 et 409 :

Il ne faut cependant pas oublier que, puisqu’on doit respecter le principe de l’égalité devant la loi, on ne peut y déroger que lorsque cela est nécessaire pour accomplir des objectifs socialement souhaitables et, dans ce cas, seulement dans la mesure nécessaire pour y parvenir dans les circonstances. Il faut répondre aux besoins des forces armées, mais l’on ne doit pas déroger au principe de l’égalité devant la loi plus que cela n’est nécessaire. Le principe à respecter est celui de l’intervention la plus minime possible dans les droits d’un soldat en vertu du droit commun compte tenu des exigences de la discipline militaire et de l’efficacité des forces armées. Avec ce concept à l’esprit, je passe maintenant à la situation présente.

L’article 2 de la *Loi sur la défense nationale* définit une infraction militaire comme « une infraction visée par la présente loi, par le *Code criminel* ou par toute autre loi du Parlement du Canada, et commise par une personne pendant son assujettissement au Code de discipline militaire ». La Loi porte également que ces infractions pourront faire l’objet de poursuites et de sanctions conformément au droit militaire. Si nous appliquons littéralement la définition d’infraction militaire, toutes poursuites contre des militaires pour toute infraction à toute loi pénale canadienne pourraient être menées devant des tribunaux militaires. Dans un pays doté d’un système judiciaire bien établi desservant toutes les régions du pays et où la poursuite des infractions criminelles et la constitution des tribunaux de juridiction criminelle incombent aux gouvernements provinciaux, il m’est impossible d’accepter la thèse que les besoins légitimes des forces armées aillent aussi loin. Pour atteindre un objectif socialement souhaitable relié à la vie militaire, il n’est pas nécessaire d’étendre autant la compétence des tribunaux militaires. On peut bien dire qu’en pratique, les tribunaux militaires ne chercheront pas à étendre leur compétence au champ entier du droit pénal applicable aux membres des forces armées. C’est peut-être bien le cas, mais nous n’avons pas à examiner la conduite des tribunaux militaires dans les faits. Notre problème consiste à définir les limites de leur compétence et, à mon avis, ce serait contrevenir au principe de l’égalité devant la loi que d’interpréter les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* de façon à donner ce sens littéral à la définition d’infraction militaire. La portée exhaustive des dispositions en cause de la *Loi sur la défense nationale* dépasse toute limite raisonnable ou nécessaire. Le soldat inculpé d’une infraction criminelle est privé du bénéfice d’une enquête préliminaire ou du droit à un procès devant jury. Il est soumis à un code militaire qui diffère à certains

upon the special pleas of “*autrefois convict*” or “*autrefois acquit*” is altered for, while if convicted of an offence in a civil court he may not be tried again for the same offence in a military court, his conviction in a military court does not bar a second prosecution in a civil court. His right to apply for bail is virtually eliminated. While such differences may be acceptable on the basis of military need in some cases, they cannot be permitted universal effect in respect of the criminal law of Canada as far as it relates to members of the armed services serving in Canada. [Emphasis added.]

[66] Soldiers were prosecuted in the civilian courts unless the alleged offence had a military nexus. In that case, the complaint could be tried in the military court, as the purpose was to ensure the achievement of military objectives and to strengthen respect for military discipline, whether personal or collective. In *MacEachern v. The Queen* (1985), 4 C.M.A.R. 447, 24 C.C.C. (3d) 439, this Court held that provisions of the Act giving military courts jurisdiction over common law offences, also referred to as civilian offences, were unconstitutional when the nature of the offences and the circumstances surrounding their commission had no military nexus. Subsequently, in *Ryan v. The Queen*, 4 C.M.A.R. 563, 1987 CarswellNat 1634, it reaffirmed the necessity for this military nexus.

[67] However, in *R. v. Reddick* (1996), 5 C.M.A.R. 485, at page 499, this Court held that this nexus is superfluous and potentially misleading in a distribution of powers context, where the issue is whether legislation is within the constitutional jurisdiction of its enactor. This interpretation was made in the context of an analysis of the application of subsection 60(2) of the Act to a former soldier who had returned to civilian life, for an offence he had committed while he was a member of the Canadian Armed Forces. I am not certain that the military nexus doctrine has been abolished for all purposes, as the appellant’s counsel contends, given the significant consequences that result for members of the Canadian Armed Forces. The *MacKay* judgment, above, clearly

égard du droit commun, à des règles de preuve différentes et à une procédure d’appel différente et plus restreinte. Son droit d’invoquer les plaidoyers spéciaux d’« *autrefois convict* » ou d’« *autrefois acquit* » est modifié car, s’il est déclaré coupable d’une infraction par un tribunal civil, il ne peut être jugé de nouveau pour la même infraction par un tribunal militaire, mais sa déclaration de culpabilité par un tribunal militaire n’empêche pas une deuxième poursuite devant un tribunal civil. Son droit à un cautionnement est à toutes fins pratiques éliminé. Bien que ces différences puissent être acceptables, compte tenu des besoins militaires, dans certains cas, on ne peut leur donner d’effet universel dans l’application du droit pénal canadien aux membres des forces armées en poste au Canada. [Je souligne.]

[66] Les militaires étaient poursuivis devant les tribunaux civils, sauf si l’infraction reprochée avait un lien de connexité avec le service militaire. Dans ce cas, l’instruction de la plainte pouvait se faire devant la juridiction militaire, le but étant d’assurer l’atteinte des objectifs militaires et d’assurer ainsi que de renforcer le respect de la discipline militaire, qu’il s’agisse de la discipline personnelle ou collective. Dans l’affaire *MacEachern c. La Reine* (1985), 4 C.A.C.M. 447, 24 C.C.C. (3^d) 439, cette Cour déclara inconstitutionnelles les dispositions de la Loi conférant une compétence aux tribunaux militaires pour des infractions de droit commun, aussi dites civiles, lorsque la nature des infractions et les circonstances entourant leur perpétration n’avaient pas de liens nécessaires avec le service militaire. Subséquemment, dans l’arrêt *Ryan c. La Reine*, 4 C.A.C.M. 563, 1987 CarswellNat 1635, elle réaffirmait la nécessité de cette connexité avec le service militaire.

[67] Toutefois, dans l’arrêt *R. c. Reddick* (1996), 5 C.A.C.M. 485, à la page 499, notre Cour a jugé que cette théorie du lien nécessaire était superflue et potentiellement source d’erreur dans un contexte de partage des pouvoirs où il s’agit de savoir si le texte législatif en cause entre dans le champs de compétence de l’autorité qui l’a édicté. Cette interprétation est survenue dans le cadre de l’analyse d’une application du paragraphe 60(2) de la Loi à un ancien militaire retourné à la vie civile, pour une infraction qu’il avait commise alors qu’il était membre des Forces armées canadiennes. Je ne suis pas certain que, comme le prétend le procureur de l’appellant, la théorie du lien de connexité avec le service militaire a été abolie à tous égards, compte tenu des conséquences

indicates some of those consequences, but the list is not exhaustive. That said, the existence of such a nexus is not disputed in the case at bar.

[68] Furthermore, the 1998 amendments to the Act through Bill C-25 (36th Parl., 1st Sess., 1998) now chapter 35 of the 1998 statutes (*An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*), section 22, expanded the jurisdiction of the military courts by allowing them to try sexual offences, until then tried only by the civilian courts. Section 165.14 was adopted at the same time, giving the prosecution the power to choose the mode of trial: see S.C. 1998, c. 35, s. 42.

[69] An initial result of this expansion of the military criminal justice system was that members of the Canadian Armed Forces lost the right to trial by jury for common law offences such as those offences provided for in the *Criminal Code*: paragraph 11(f) of the Charter denies members of the Canadian Armed Forces the right to such trials for offences under military law tried before a military tribunal.

[70] Were it not for section 165.14, which is being challenged here, it would not necessarily be unreasonable to think that this loss is to some degree compensated by the possibility of obtaining a trial before either a Disciplinary Court Martial (section 169 of the Act) or a General Court Martial (section 166), which resembles a trial by jury, although it is not. The accused can then be tried by a panel of three or five members of the military, assisted by a military judge, instead of by a military judge alone. But—and this is where the problem lies—the prosecution has the choice of these modes of trial while, as we know, if a soldier were prosecuted before the civilian courts for the same offence giving rise to an election as to mode of trial, the choice of mode would belong to him or her, not the prosecution.

[71] Exercising the power conferred by section 165.14 of the Act includes exercising the discretion regarding the court before which the trial will take place. It is undeniable that a prosecutor, exercising his or her right

importantes qui en résultent pour les membres des Forces armées canadiennes. L'arrêt *MacKay*, précité, fait bien ressortir certaines de ces conséquences, mais l'énumération ne s'arrête pas là. Ceci dit, l'existence d'un tel lien n'est pas mis en doute en l'espèce.

[68] En outre, les amendements apportés à la Loi en 1998 par le projet de loi C-25 (36^e lég., 1^{re} sess., 1998), devenu le chapitre 35 des lois de 1998 (*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*), article 22, ont accru la compétence des tribunaux militaires en leur permettant d'entendre et de juger les infractions à caractère sexuel dont l'audition était jusqu'alors réservée aux tribunaux civils. C'est aussi par la même occasion que l'article 165.14 fut adopté et que le pouvoir de choisir le mode de procès fut octroyé au poursuivant : voir l'article 42, L.C. 1998, ch. 35.

[69] Un premier résultat de cette expansion de la justice pénale militaire fut que les membres des Forces armées canadiennes ont perdu, pour les infractions de droit commun, telles celles que l'on retrouve au *Code criminel*, le droit à un procès par jury : l'alinéa 11f) de la Charte dénie aux membres des Forces armées canadiennes le droit à un tel procès lorsqu'il s'agit d'une infraction relevant de la justice pénale militaire.

[70] Si ce n'était de l'article 165.14 ici contesté, il ne serait pas nécessairement déraisonnable de penser que cette perte est en quelque sorte compensée par la possibilité d'obtenir un procès devant soit une Cour martiale disciplinaire (article 169 de la Loi), soit une Cour martiale générale (article 166), lequel, sans en être un, s'apparente à un procès par jury. L'accusé peut alors être jugé par une formation de trois ou de cinq militaires, assistée d'un juge militaire, plutôt que par un juge militaire seul. Mais voilà, et c'est là que le bât blesse, le choix de ces modes de procès appartient à la poursuite alors que, on le sait, si un militaire était poursuivi devant les tribunaux civils pour une même infraction donnant ouverture à une élection quant au mode de procès, le choix du mode serait le sien et non celui du poursuivant.

[71] L'exercice du pouvoir conféré par l'article 165.14 de la Loi emporte l'exercice d'une discrétion quant au tribunal devant qui l'instruction de la poursuite aura lieu. Il est indubitable qu'un poursuivant, dans l'exercice de son

to prosecution, must have and does have broad discretionary authority. As La Forest J. said in *R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387, at page 410, “Discretion is an essential feature of the criminal justice system”; see also *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601. He added (at page 410):

A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid. Police necessarily exercise discretion in deciding when to lay charges, to arrest and to conduct incidental searches, as prosecutors do in deciding whether or not to withdraw a charge, enter a stay, consent to an adjournment, proceed by way of indictment or summary conviction, launch an appeal and so on.

[72] But this discretionary authority is not absolute and cannot be exercised in an incongruous or improper manner: *R. v. Cook*, above, at page 1124.

[73] These decisions are relevant to the laying of the complaint, the choice of charge, and the prosecution’s option to proceed by indictment or by summary conviction depending on the seriousness of the actions and the circumstances.

[74] In *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at paragraphs 44 to 46, the Supreme Court of Canada provides a non-exhaustive list of the elements included in prosecutorial discretion. On the following paragraph, it defines what is common to the various elements:

Significantly, what is common to the various elements of prosecutorial discretion is that they involve the ultimate decisions as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for. Put differently, prosecutorial discretion refers to decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General’s participation in it. [Emphasis in original]

[75] However, decisions that govern a Crown prosecutor’s tactics or conduct before the Court do not fall within

droit de poursuite, doit pouvoir disposer et dispose d’un large pouvoir discrétionnaire. Comme le disait le juge La Forest dans l’arrêt *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la page 410, « [l]e pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle » : voir aussi *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601. Il ajoutait (à la page 410) :

Un système qui tenterait d’éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. Les forces policières exercent nécessairement un pouvoir discrétionnaire quand elles décident de porter des accusations, de procéder à une arrestation et aux fouilles et perquisitions qui en découlent, tout comme la poursuite quand elle décide de retirer une accusation, de demander une suspension, de consentir à un ajournement, de procéder par voie d’acte d’accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité, de former appel, etc.

[72] Mais ce pouvoir discrétionnaire n’est pas absolu et ne peut être exercé d’une façon irrégulière ou impropre : *R. c. Cook*, précité, à la page 1124.

[73] Ces décisions se rapportent au dépôt de la plainte, au choix de l’accusation, et à l’option du poursuivant de procéder par acte d’accusation plutôt que par voie sommaire compte tenu de la gravité des gestes et des circonstances.

[74] Dans l’affaire *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, aux paragraphes 44 à 46, la Cour suprême du Canada énumère d’une manière non exhaustive les éléments que comprend le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Au paragraphe suivant, elle définit ainsi le point commun entre ces divers éléments :

Fait important, le point commun entre les divers éléments du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est le fait qu’ils comportent la prise d’une décision finale quant à savoir s’il y a lieu d’intenter ou de continuer des poursuites ou encore d’y mettre fin, d’une part, et quant à l’objet des poursuites, d’autre part. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites vise les décisions concernant la nature et l’étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. [Souligné dans l’original.]

[75] Cependant, les décisions qui ont trait à la stratégie de poursuite ou à la conduite du procureur devant

the scope of prosecutorial discretion. The Supreme Court of Canada addresses this necessary distinction as follows (at paragraph 47):

Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution, i.e., the decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the court, do not fall within the scope of prosecutorial discretion. Rather, such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum. [Emphasis added.]

[76] The respondent's counsel submits that the power under section 165.14 of the Act to choose the mode of trial is a discretionary prosecutorial power similar to the power that exists in the civilian courts to choose between proceeding by indictment and proceeding by way of summary conviction. I am unable to accept that argument.

[77] I agree that the prosecutor's option to proceed by one mode of prosecution rather than another (indictment or summary proceeding) is an element of prosecutorial discretion. In the words of the Supreme Court of Canada (at paragraph 47), it is a decision concerning "the nature and extent of the prosecution".

[78] However, with due respect for those who hold a different view, I am of the opinion that the choice of mode of trial partakes of a benefit, an element of strategy or a tactical advantage associated with the right of an accused to present full answer and defence and control the conduct of his or her defence. This right is recognized as a principle of fundamental justice: see *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 972. The right to elect the mode of trial is, before the civilian courts, a right extended to an accused who makes use of it according to and for the purpose of his defence. In *R. v. Turpin*, 36 C.C.C. (3d) 289, 1987 CanLII 6768 (aff'd [1989] 1 S.C.R. 1296), the Ontario Court of Appeal held that it was an advantage conferred by law. At pages 299 and 300, the Court writes:

What we are faced with in this case is not so much whether one form of trial is more advantageous than another, i.e., whether a person charged with murder is

le tribunal ne font pas partie du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. La Cour suprême du Canada s'exprime ainsi sur cette distinction à apporter (au paragraphe 47) :

Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, c'est-à-dire celles qui ont trait à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ces décisions relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui. [Je souligne.]

[76] La procureure de l'intimée soumet que le pouvoir de l'article 165.14 de la Loi de choisir le mode de procès est un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites semblable à celui qui existe devant les tribunaux civils de choisir de procéder par acte d'accusation plutôt que par voie sommaire. Je ne peux accepter cette prétention.

[77] Je suis d'accord que l'option du poursuivant de procéder par un mode de poursuite plutôt que par l'autre (acte d'accusation c. voie sommaire) est un élément du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Pour reprendre les termes employés par la Cour suprême du Canada (au paragraphe 47), il s'agit d'une décision concernant « la nature et l'étendue des poursuites ».

[78] Toutefois, avec respect pour l'opinion contraire, je crois que le choix du mode de procès participe d'un bénéfice, d'un élément de stratégie ou d'un avantage tactique associé au droit d'un accusé de contrôler la conduite de sa défense et d'exercer son droit à une défense pleine et entière : sur le droit d'un accusé d'exercer un contrôle sur la conduite de sa défense en tant que principe de justice fondamentale, voir *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 972. C'est certes le cas devant les tribunaux civils où le choix est octroyé à l'accusé qui l'exerce en fonction et à des fins de défense. Dans l'affaire *R. v. Turpin*, 36 C.C.C. (3^d) 289, 1987 CanLII 6768 (conf. par [1989] 1 R.C.S. 1296), la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu qu'il s'agissait d'un avantage conféré par la loi. Aux pages 299 et 300, elle écrit :

What we are faced with in this case is not so much whether one form of trial is more advantageous than another, i.e. whether a person charged with murder is better protected

better protected by a judge and jury trial or by a trial by judge alone. Rather, the question is whether having that choice is an advantage in the sense of a benefit of the law. Mr. Gold, on behalf of the respondents in this case, suggested that it is the having of the option, “the ability to elect one’s mode of trial”, that was a benefit which accused persons charged with murder in Alberta had over accused persons charged with murder elsewhere in Canada. We have to agree with that submission. A choice as to having or not having a jury trial (even though limited by the overriding determination by the trial judge), based upon the advantages of one mode of trial over the other because of a wide range of factors, such as: the nature and circumstances of the killing, the amount of publicity, the reaction in the community, the size of the community from which the jury is being drawn, and even the preference of defence counsel with respect to trying to convince a jury or a judge of the defence version of the facts (or leave them with a reasonable doubt), indicates that having that choice must be considered a benefit. The absence of that benefit in Ontario must be considered a disadvantage. [Emphasis added in original.]

[79] There is no doubt in my mind that the choice of mode of trial conferred by section 165.14 is an advantage conferred on the prosecution that could be abused. Cory J. states in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pages 103 and 104: “Unfortunately it would seem that whenever the Crown is granted statutory power that can be used abusively then, on occasion, it will indeed be used abusively.”

[80] In the case at bar, the circumstances surrounding the exercise of the power under section 165.14 of the Act and the statistics on its use are disturbing.

[81] First, as the respondent’s counsel concedes, there is no policy, nor any criteria governing the exercise of the discretion under section 165.14.

[82] Second, the statistics regarding the use of the power indicate either a discretion that is fettered in advance or a refusal to exercise it. In the period from September 1, 1999, to March 31, 2003, only 4 of the 220 trials were assigned to a panel assisted by a judge, as indicated in the following table taken from the report to Parliament by the

by a judge and jury trial or by a trial by judge alone. Rather, the question is whether having that choice is an advantage in the sense of a benefit of the law. Mr. Gold, on behalf of the respondents in this case, suggested that it is the having of the option, “the ability to elect one’s mode of trial”, that was a benefit which accused persons charged with murder in Alberta had over accused persons charged with murder elsewhere in Canada. We have to agree with that submission. A choice as to having or not having a jury trial (even though limited by the overriding determination by the trial judge), based upon the advantages of one mode of trial over the other because of a wide range of factors, such as the nature and circumstances of the killing, the amount of publicity, the reaction in the community, the size of the community from which the jury is being drawn, and even the preference of defence counsel with respect to trying to convince a jury or a judge of the defence version of the facts (or leave them with a reasonable doubt), indicates that having that choice must be considered a benefit. The absence of that benefit in Ontario must be considered a disadvantage. [Souligné dans l’original.]

[79] Il n’y a aucun doute dans mon esprit que le choix du mode de procès conféré par l’article 165.14 est un avantage conféré au poursuivant qui est susceptible d’abus. Et comme le rappelle le juge Cory dans l’affaire *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, aux pages 103 et 104, « [m]alheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l’occasion. »

[80] Dans le cas qui nous occupe, les circonstances entourant l’exercice du pouvoir conféré par l’article 165.14 de la Loi et les statistiques de son utilisation sont troublantes.

[81] Premièrement, de l’admission même de la procureure de l’intimée, il n’existe aucune politique de même qu’aucun critère régissant l’exercice de la discrétion octroyée par l’article 165.14.

[82] Deuxièmement, les statistiques quant à l’utilisation du pouvoir témoignent soit d’une discrétion liée à l’avance, soit d’un refus de l’exercer. Pour la période du 1er septembre 1999 au 31 mars 2003, seulement 4 des 220 procès furent assignés à une formation assistée d’un juge comme en fait foi le tableau suivant tiré du rapport

Right Honourable Antonio Lamer, former Chief Justice of the Supreme Court of Canada (at page 40):

Reporting Period	GCM Judge & Panel	DCM Judge & Panel	SCM Judge alone	SGCM Judge alone	Total CM
01 Sept 99 – 31 Mar 00	0	0	27	0	27
01 Apr 00 – 31 Mar 01	0	1	62	0	63
1 Apr 01 – 31 Mar 02	0	1	62	0	63
1 Apr 02 – 31 Mar 03	1	1	65	0	67
TOTAL	1	3	216	0	220

[83] This report, entitled: *The First Independent Review by the Right Honourable Antonio Lamer P.C., C.C., C.D. of the provisions and operation of Bill C 25, An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts* (as required under section 96 of Statutes of Canada 1998, c. 35, submitted to the Minister of National Defence), September 3, 2003, was prepared in response to an obligation imposed by Parliament to review the operation of the Act. Regarding section 165.14 and the fact that it gives the choice of mode of trial to the prosecution, former Chief Justice Lamer writes, at page 40 of the Report:

I have been unable to find a military justification for disallowing an accused charged with a serious offence the opportunity to choose between a military judge alone and a military judge and panel, other than expediency. When it comes to a choice between expediency on the one hand and the safety of the verdict and fairness to the accused on the other, the factors favouring the accused must prevail. The only possible exception warranting a change to this default position might be during times of war, insurrection or civil strife.

It is my belief that an accused charged with a serious offence should be granted the option to choose between trial by military judge alone or military judge and panel prior to the convening of a court martial. [Emphasis added.]

And this observation leads him to recommend that the Act be amended to give the accused the option as to mode of trial.

fait au Parlement par le Très Honorable Antonio Lamer, juge en chef à la retraite (à la page 41) :

Période visée	CMG Juge et comité	CMD Juge et comité	CMP Juge seul	CMGS Juge seul	Total CM
Du 1 ^{er} sept. 1999 au 31 mars 2000	0	0	27	0	27
Du 1 ^{er} avril 2000 au 31 mars 2001	0	1	62	0	63
Du 1 ^{er} avril 2001 au 31 mars 2002	0	1	62	0	63
Du 1 ^{er} avril 2002 au 31 mars 2003	1	1	65	0	67
TOTAL	1	3	216	0	220

[83] Ce rapport, intitulé : *Le premier examen indépendant par le très honorable Antonio Lamer C.P., C.C., C.D., des dispositions et de l'application du projet de loi C-25, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, (conformément à l'article 96 des Lois du Canada 1998, ch. 35, présenté au ministre de la Défense nationale) 3 septembre 2003, fait suite à une obligation de révision du fonctionnement de la Loi imposée par le législateur. Au sujet de l'article 165.14 et du fait qu'il attribue le choix du mode de procès au poursuivant, le retraité Juge en chef Lamer écrit à la page 41 du Rapport :

J'ai été incapable de trouver une raison d'ordre militaire expliquant pourquoi une personne accusée d'une infraction grave n'aurait pas le droit de choisir entre un procès devant un juge militaire seul et un procès devant un juge militaire et un comité, autre que la commodité. Or, lorsqu'il faut choisir entre, d'une part, la commodité et, d'autre part, la sûreté du verdict et le traitement équitable de l'accusé, ce sont les facteurs favorables à l'accusé qui doivent prévaloir, sauf peut-être en cas de guerre, d'insurrection ou de conflit civil.

J'estime qu'une personne accusée d'une infraction grave devrait avoir le droit de choisir d'être jugée par un juge militaire seul ou par un juge militaire et un comité avant que la cour martiale ne soit convoquée. [Je souligne.]

Et ce constat débouche sur une recommandation de sa part que la Loi soit modifiée afin que le choix du mode de procès soit confié à l'accusé.

[84] From 2003 to date, there were between 120 and 125 trials before courts martial. None of these trials have taken place before a panel of members of the military assisted by a military judge. These figures, on top of the preceding statistics, point to the virtually inescapable conclusion that the power under section 165.14 is being abused.

[85] The respondent's counsel argued that giving the prosecution the power under section 165.14 was justified by the fact that the various courts martial (General Court Martial, Disciplinary Court Martial, Standing Court Martial and Special General Court Martial) have different limits as to the sentences that they can impose, some being more severe than others. I confess that I have some difficulty grasping the merit of this justification, especially since the power under section 165.14 to choose the court and consequently the scale of the sentences to be imposed provides the prosecutor with an additional advantage, open to abuse, that is detrimental to the accused.

[86] Be that as it may, this justification does not stand since the Disciplinary Court Martial (composed of a panel of three members assisted by a military judge) and the Standing Court Martial (composed of a judge alone)—which is the option almost always favoured by the prosecution—have the same powers and the same limitations in terms of sentencing: both can impose a dismissal with disgrace from Her Majesty's service as the maximum punishment (sections 172 and 175). Yet, the accused can never elect between these two modes of trial because of section 165.14 of the Act. He therefore loses the benefit of the advantage offered by a hearing before a panel of three members assisted by a military judge.

VIII. Disposition of this appeal

[87] The appellant is asking that his conviction be set aside and that a verdict of acquittal be entered in its place. Section 238 of the Act, specifically paragraph 238(1)(a), confers this power to this Court. In the alternative, the appellant is asking that a new trial be held, as provided by paragraph 238(1)(b), if the Court is not disposed to grant the first request.

[84] Depuis 2003 à ce jour, il y eût entre 120 et 125 procès devant les cours martiales. Or aucun de ces procès ne s'est déroulé devant une formation de militaires assistée d'un juge militaire. Ces chiffres s'ajoutent aux statistiques précédentes et rendent presque inéluctable une conclusion d'un usage abusif du pouvoir de l'article 165.14.

[85] La procureure de l'intimée a soutenu que l'octroi au poursuivant du pouvoir de l'article 165.14 trouvait sa justification dans le fait que les différentes cours martiales (Cour martiale générale, Cour martiale disciplinaire, Cour martiale permanente et Cour martiale générale spéciale) ont des limites différentes quant aux peines qu'elles peuvent respectivement imposer, certaines pouvant être plus sévères que d'autres. J'avoue avoir de la difficulté à saisir le bien-fondé de cette justification d'autant plus que le pouvoir de l'article 165.14 de choisir la cour et, par conséquent, l'échelle des sentences à être imposées offre ainsi au poursuivant un avantage additionnel, susceptible d'abus, et ce au détriment de l'accusé.

[86] Quoiqu'il en soit, cette justification ne tient pas puisque la Cour martiale disciplinaire (composée d'un comité de trois membres assisté d'un juge militaire) et la Cour martiale permanente (formée d'un juge seul), qui est l'option presque toujours privilégiée par le poursuivant, possèdent les mêmes pouvoirs et les mêmes limites au niveau de l'imposition d'une sentence : les deux peuvent infliger comme peine maximale une destitution ignominieuse du service de sa Majesté (articles 172 et 175). Or l'accusé ne peut jamais choisir entre ces deux modes de procès à cause de l'article 165.14 de la Loi. Il perd donc le bénéfice de l'avantage qu'offre une audition devant un comité de trois membres assisté d'un juge militaire.

VIII. La façon de disposer du présent appel

[87] L'appelant demande que le verdict de culpabilité à son endroit soit annulé et qu'un verdict d'acquiescement y soit substitué. L'article 238 de la Loi, plus particulièrement l'alinéa 238(1)a) confère un tel pouvoir à notre Cour. Alternativement, l'appelant demande la tenue d'un nouveau procès, comme le permet l'alinéa 238(1)b), si la Cour n'est pas disposée à entériner la première demande.

[88] Where it is alleged, as it is in the present case, that the verdict is unreasonable or is not supported by the evidence, the role of the appellate court, as stated earlier, is to determine whether the verdict is one that a properly instructed trier of fact, acting judicially, could reasonably have rendered: see *R. v. Hewitt*, 173 O.A.C. 383, 2003 CanLII 48126. In that case, the Court stated at paragraph 5:

This requires an appellate court to review, analyze, and within the limits of appellate disadvantage, weigh the evidence to ensure that the result “does not conflict with the bulk of judicial experience”.

[89] After carefully reviewing the evidence, noting the serious and profound contradictions and the lies and reticence of the complainant with respect to some elements and material circumstances of the offence such as the lack of consent, the seriousness of the injuries and the inconsistency of her conduct with the fear she claimed to have of the accused, I do not think that in this case a guilty verdict could be rendered based on the evidence in the record. I believe that the only way to dispose of the appeal in this case is to set aside the guilty verdict and to enter a verdict of acquittal in its place.

IX. Conclusion

[90] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Standing Court Martial and enter a finding of not guilty.

BLANCHARD C.J.: I concur.

HANSEN J.A.: I concur.

[88] Lorsqu’il est allégué comme en l’espèce que le verdict rendu est déraisonnable ou n’est pas supporté par la preuve, le rôle du tribunal d’appel consiste, tel que déjà mentionné, à se demander si le verdict rendu en est un qu’un juge des faits, s’instruisant correctement et agissant d’une manière judiciaire, pouvait raisonnablement rendre : voir *R. v. Hewitt* 173 O.A.C. 383, 2003 CanLII 48126. Et la Cour ajouta au paragraphe 5 :

This requires an appellate court to review, analyze, and within the limits of appellate disadvantage, weigh the evidence to ensure that the result “does not conflict with the bulk of judicial experience”.

[89] Je ne crois pas en l’espèce, après avoir révisé attentivement la preuve, noté les sérieuses et profondes contradictions ainsi que les mensonges et les réticences de la plaignante quant à des éléments ou des circonstances matériels de l’infraction tels l’absence de consentement, la gravité des blessures, son comportement incompatible avec la crainte qu’elle disait avoir de l’accusé, qu’un verdict de culpabilité pouvait être rendu sur la base de la preuve au dossier. Je crois que la seule façon de disposer de l’appel dans le présent dossier est d’annuler le verdict de culpabilité et d’y substituer un verdict d’acquiescement.

IX. Conclusion

[90] Pour ces motifs, j’accueillerais l’appel, j’annulerais la décision de la Cour martiale permanente et je consignerais un verdict de non-culpabilité.

LE JUGE EN CHEF BLANCHARD : J’y souscris.

LA JUGE HANSEN, J.C.A. : J’y souscris.