

R. v. LeBlanc, 2011 CMAC 4

CMAC 538

**Corporal T. LeBlanc**

*Appellant,*

v.

**Her Majesty the Queen**

*Respondent.*

Heard: Edmonton, Alberta, June 3, 2011.

Judgment: Ottawa, Ontario, October 12, 2011.

Present: McFadyen J.A., Veit J.A. and Bennett J.A.

On appeal from the legality of the conviction of a General Court Martial held at Canadian Forces Base Edmonton, Alberta, on January 8, 2010.

*Sexual assault — Evidence as to Complainant's sexual history under s. 276 of the Criminal Code — Evidence that the Complainant had previously had sex with men went to mistaken belief not likeliness of consent — Evidence not within the spirit of s. 276.*

The appellant was convicted of sexual assault for events occurring the night of April 15, 2008. At trial, the military judge excluded evidence of a prior statement of the complainant on the ground that it constituted evidence of her sexual history, contrary to section 276 of the *Criminal Code*. The statement indicated that the complainant had previously had sex with men, although she identifies as a lesbian. The appellant submits this evidence does not engage section 276 of the *Criminal Code*, or in the alternative that it should be admitted due to its importance to the defence of honest but mistaken belief in this case.

*Held:* Appeal allowed, new trial ordered.

The military judge erred in not re-considering the exclusion of the statement. At the time the *voir dire* on the evidence at issue was held, neither the complainant's sexual orientation nor the statement in question were relevant to the case before the Court Martial. As the trial progressed, these matters became relevant in a way which made reconsideration necessary. The case turned on the matter of mistaken belief, and the evidence went to the appellant's belief. Further, the Crown had submitted evidence which could lead to what may be a false inference of fact against the accused — as the evidence in question is

R. c. LeBlanc, 2011 CACM 4

CMAC 538

**Caporal T. LeBlanc**

*Appelant,*

c.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée.*

Audience : Edmonton (Alberta), le 3 juin 2011.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 12 octobre 2011.

Devant : Les juges McFadyen, Veit et Bennett, J.C.A.

Appel de la légalité de la sentence rendue par la cour martiale permanente tenue à la Base des Forces canadiennes Edmonton (Alberta), le 8 janvier 2010.

*Agression sexuelle — Preuve des antécédents sexuels de la plaignante aux termes de l'art. 276 du Code criminel — Preuve établissant que la plaignante avait eu des relations sexuelles avec des hommes par le passé ayant conduit à la croyance erronée plutôt qu'à la probabilité du consentement — La preuve n'est pas visée par l'art. 276.*

L'appelant a été reconnu coupable d'agression sexuelle pour les événements s'étant déroulés dans la nuit du 15 avril 2008. Lors du procès, le juge militaire a exclu la preuve d'une déclaration antérieure de la plaignante au motif qu'elle constituait une preuve de ses antécédents sexuels, ce qui va à l'encontre de l'article 276 du *Code criminel*. La déclaration indiquait que bien que la plaignante s'identifiait comme lesbienne, elle avait déjà eu des relations sexuelles avec des hommes. L'appelant a fait valoir que cette preuve n'entraîne pas l'application de l'article 276 du *Code criminel* ou, subsidiairement, qu'elle aurait dû être admise en raison de son importance pour la défense fondée sur la croyance sincère mais erronée en l'espèce.

*Arrêt :* L'appel est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge militaire a commis une erreur en ne réexaminant pas l'exclusion de la déclaration. Au moment de la tenue du voir-dire sur la preuve en litige, ni l'orientation sexuelle de la plaignante ni la déclaration en question n'étaient pertinentes par rapport à l'affaire présentée à la cour martiale, mais elles le sont devenues au fil de l'évolution du procès, rendant ainsi leur réexamen nécessaire. La question de la croyance erronée est devenue centrale à l'affaire et la preuve reposait sur la croyance de l'appelant. En outre, la Couronne a présenté de la preuve pouvant mener à une fausse inférence de faits à l'endroit

relevant to this matter, it is not within the spirit of section 276 of the *Criminal Code*.

de l'accusé. Ainsi, la preuve en question étant pertinente par rapport à l'affaire, elle ne s'inscrit pas dans le cadre de l'article 276 du *Code criminel*.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 276.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 276.

#### CASES CITED

*R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912, 179 N.R. 321; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Morden*, 7 B.C.A.C. 293, 1991 CanLII 5766; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, 128 N.R. 81.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

*R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912, 179 N.R. 321; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. v. Morden*, 7 B.C.A.C. 293, 1991 CanLII 5766; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 128 N.R. 81.

#### COUNSEL

*Brian Beresh, Danielle Boivert*, for the appellant.  
*Major Steven Richards*, for the respondent.

#### AVOCATS

*Brian Beresh, Danielle Boivert*, pour l'appellant.  
*Major Steven Richard*, pour l'intimée.

*The following are the reasons for judgment delivered in English by*

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

[1] BENNETT J.A.: The appellant was convicted by a General Court Martial of sexual assault on January 8, 2010 and sentenced to imprisonment for a period of 20 months. He appeals from his conviction and sentence.

[1] LA JUGE BENNETT, J.C.A. : L'appellant a été déclaré coupable d'agression sexuelle par une cour martiale générale le 8 janvier 2010 et condamné à une peine d'emprisonnement de 20 mois. Il interjette appel de cette déclaration de culpabilité et de cette peine.

[2] In my respectful view, the military judge committed a reversible error with respect to his refusal to admit evidence of a prior statement attributed to the complainant regarding her sexuality. During the progress of the case, this evidence became highly relevant. A request by the defence to revisit the earlier ruling excluding the evidence should have been permitted and the evidence should have been admitted. In my respectful opinion, this error can only be rectified by a new trial.

[2] Avec égards, le juge militaire a commis une erreur justifiant l'intervention de la Cour en refusant d'admettre en preuve une déclaration antérieure attribuée à la plaignante concernant sa sexualité. Cette preuve est devenue très pertinente au cours de l'instruction de l'affaire. Une demande présentée par la défense afin que la décision d'exclure cette preuve soit réexaminée aurait dû être accueillie et la preuve aurait dû être admise. Avec égards, cette erreur ne peut être corrigée que par un nouveau procès.

#### I. Background

[3] The appellant and the complainant lived for a short time in the same barracks building in Edmonton, Alberta. They had known each other casually for a few weeks prior to the incident in question. The complainant was a lesbian, a fact known to the appellant.

#### I. Le contexte

[3] L'appellant et la plaignante ont habité brièvement la même caserne à Edmonton (Alberta). Lorsque l'incident s'est produit, ils se connaissaient un peu depuis quelques semaines. La plaignante était lesbienne, ce dont l'appellant était au courant.

[4] On April 15, 2008, the date of the incident, the complainant invited the appellant to go with her to drive her friend home. According to the appellant, while they were driving home after dropping off the friend, the complainant mentioned that she had slept with a man before and that it had been a long time since she had done that. This is the statement which was the subject of an application pursuant to s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (*Criminal Code*).

[5] Later that evening, the appellant went to the complainant's room while some of her friends were there. He remained behind when her friends left. At this point, the complainant's evidence diverges from that of the appellant.

#### A. *The appellant's evidence*

[6] The appellant testified that the complainant told her friends not to worry about him, as he would probably pass out in her room that night. He took this as an invitation to sleep over. He testified that as a result of the earlier conversation in the car, he believed that she was "not exclusively into women".

[7] The appellant testified that once they were alone, he and the complainant lay on her small cot with their bodies touching. He said that they kissed and touched each other for some time. At one point, the complainant whispered "I don't know why I'm doing this. I'm gay". The complainant took her clothes off, and they continued kissing, and touching each other's genitals. The appellant said that neither of them said anything, except at one point the complainant told him not to perform oral sex on her. The appellant said that she was very well-lubricated when they began having sex, although he had some difficulty penetrating her. He said that he had sex with her for some time, but stopped before having an orgasm as he didn't have a condom.

#### B. *The complainant's evidence*

[8] The complainant testified that after her friends left, she told the appellant that she had to go to bed because

[4] Le 15 avril 2008, le jour de l'incident, la plaignante a invité l'appelant à aller avec elle reconduire son amie chez elle. Selon l'appelant, quand ils retournaient à la caserne après avoir déposé l'amie, la plaignante a mentionné qu'elle avait déjà couché avec un homme il y avait longtemps. C'est cette déclaration qui a fait l'objet d'une demande fondée sur l'article 276 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (*Code criminel*).

[5] Plus tard au cours de la soirée, l'appelant est entré dans la chambre de la plaignante, où se trouvaient aussi des amies de celle-ci. Il y est demeuré après le départ des amies. Le témoignage de la plaignante diverge de celui de l'appelant à partir de ce moment-là.

#### A. *Le témoignage de l'appelant*

[6] L'appelant a déclaré dans son témoignage que la plaignante avait dit à ses amies de ne pas s'inquiéter à cause de lui puisqu'il allait probablement tomber ivre mort dans sa chambre. L'appelant a pensé qu'il s'agissait d'une invitation à passer la nuit chez elle. Il a déclaré dans son témoignage que, après la conversation qu'ils avaient eue plus tôt dans la voiture, il croyait que la plaignante [TRADUCTION] « n'aimait pas seulement les femmes ».

[7] L'appelant a dit dans son témoignage que, lorsqu'ils se sont retrouvés seuls, lui et la plaignante se sont étendus sur le petit lit de camp de celle-ci, leurs corps se touchant. Il a dit qu'ils se sont embrassés et caressés pendant quelque temps. À un certain moment, la plaignante a chuchoté : [TRADUCTION] « Je ne sais pas pourquoi je fais ça. Je suis lesbienne. » Elle s'est déshabillée et ils ont continué à s'embrasser et à toucher les organes génitaux l'un de l'autre. L'appelant a indiqué qu'ils étaient restés silencieux, sauf qu'à un moment donné la plaignante lui a dit de ne pas lui faire du cunnilingus. L'appelant a dit qu'elle était très bien lubrifiée au début de leurs ébats sexuels, mais qu'il avait eu de la difficulté à la pénétrer. Il a dit que le rapport sexuel avait duré quelque temps, mais qu'il y avait mis fin avant d'avoir un orgasme parce qu'il n'avait pas de condom.

#### B. *Le témoignage de la plaignante*

[8] La plaignante a déclaré dans son témoignage que, après le départ de ses amies, elle avait dit à l'appelant

she had to work in the morning. She said the appellant asked if he could stay with her because he was too drunk. She agreed. She said that he knew she was gay, so she didn't think it would be a problem. They got in her bed. She testified that after she turned out the light to go to sleep, the appellant began trying to remove her pants. She said that she kept telling him that "it wasn't going to work, to stop, and that it wasn't going to happen because I was gay". She said that he pushed her onto the bed and removed his and her pants. She testified that he tried to touch her vagina, but that she took his hand away, and that he tried to put his head towards her vagina, but she stopped him. Finally, he tried to put his penis inside of her. She said that it "didn't work" but he kept trying. She was not sure, but believed that he was ultimately successful in penetrating her. Her evidence was that she was "very scared" and "froze" while she "waited for him to finish". She testified that after he left her room she took a shower as she was "soaked" between her legs.

qu'elle devait se mettre au lit parce qu'elle travaillait le lendemain matin. L'appelant lui aurait demandé s'il pouvait rester avec elle parce qu'il avait trop bu. Elle a accepté. Elle a dit que, comme l'appelant connaissait son orientation sexuelle, elle pensait qu'il n'y aurait pas de problème. L'appelant et la plaignante se sont couchés dans son lit. La plaignante a déclaré dans son témoignage que, après qu'elle eut éteint la lumière pour pouvoir s'endormir, l'appelant s'est mis à essayer de lui retirer son pantalon. Elle a dit qu'elle lui avait répété que [TRADUCTION] « cela ne marcherait pas, d'arrêter et que cela n'arriverait pas parce que je suis lesbienne ». Il l'aurait poussée sur le lit et aurait enlevé son pantalon et celui de la plaignante. Elle a témoigné qu'il avait essayé de toucher son vagin, mais qu'elle avait repoussé sa main, et qu'il avait essayé d'approcher sa tête de son vagin, mais elle l'avait empêché de le faire. Enfin, il a essayé de la pénétrer avec son pénis. Elle a dit que cela « ne marchait pas », mais il a continué d'essayer. Elle n'en était pas certaine, mais elle croyait qu'il avait finalement réussi à la pénétrer. Selon son témoignage, elle avait « très peur » et elle est restée « figée » pendant qu'elle « attendai[t] qu'il ait fini ». Elle a dit également qu'elle avait pris une douche après que l'appelant eut quitté la chambre parce qu'elle était « trempée » entre ses jambes.

## II. Issues

The appellant submits that the military judge erred in the following ways:

1. By ruling that a section 276 *voir dire* was necessary to determine the admissibility of the complainant's statement to the appellant that she had previous sexual experiences with males and by finding that the complainant's statement was inadmissible;
2. By failing to instruct the panel that it was impermissible to infer the complainant was more credible or less likely to consent to sexual activity with the appellant because she was gay;
3. By admitting unnecessary or irrelevant expert evidence and/or by failing to instruct the panel to disregard the prosecutor's overstatement of the extent or value of the expert evidence;

## II. Les questions en litige

L'appelant prétend que le juge militaire a commis les erreurs suivantes :

1. il a décidé qu'il était nécessaire de tenir un voir-dire en vertu de l'article 276 afin de déterminer si la déclaration faite par la plaignante à l'appelant selon laquelle elle avait déjà eu des expériences sexuelles avec des hommes était admissible et il a conclu qu'elle ne l'était pas;
2. il a omis de dire au comité qu'il n'était pas permis de conclure que la plaignante était plus crédible ou moins susceptible de consentir à une activité sexuelle avec l'appelant parce qu'elle était lesbienne;
3. il a admis une preuve d'expert inutile ou non pertinente et/ou il a omis de dire au comité de ne pas tenir compte de l'exagération qu'a faite le poursuivant quant à la portée ou à la valeur de la preuve d'expert;

4. By allowing the prosecution to cross-examine the appellant on why he did not make certain relevant statements to the police, thereby violating the appellant's right to remain silent, and by failing to instruct the panel to ignore that cross-examination;
  5. There is an application to adduce fresh expert evidence to rebut the expert evidence tendered by the Crown; and
  6. The appellant also argues that his 20-month sentence was "demonstrably unfit". He submits that the military judge erred in imposing a sentence based on a range of sentences in similar civilian cases, as incarceration in the Canadian Forces Service Prison and Detention Barracks is significantly harsher than incarceration in a civilian institution.
4. il a permis à la poursuite de contre-interroger l'appelant sur les raisons pour lesquelles il n'avait pas fait certaines déclarations pertinentes à la police, violant ainsi son droit de garder le silence, et il a omis de dire au comité de ne pas tenir compte de ce contre-interrogatoire;
  5. il y a une demande de production d'une nouvelle preuve d'expert visant à réfuter celle présentée par la poursuite; et
  6. l'appelant prétend également que la peine d'emprisonnement de 20 mois qui lui a été infligée est [TRADUCTION] « manifestation inappropriée »; il soutient que le juge militaire a commis une erreur en infligeant une peine fondée sur un éventail de peines infligées dans des affaires civiles semblables, étant donné que l'incarcération dans la Caserne de détention et prison militaire des Forces canadiennes est beaucoup plus dure que l'incarcération dans un établissement civil.

### III. Analysis

#### A. *Admissibility of the prior statement by the complainant regarding sexual orientation*

[9] During the cross-examination of the complainant, defence counsel attempted to question her about the conversation she had with the appellant on the date of the incident in which she told him that she had sex with men in the past. She did not answer. When counsel continued to question her, the prosecutor objected and a *voir dire* pursuant to section 276 of the *Criminal Code* was held.

[10] The appellant testified on the *voir dire* and stated his conversation he said he had with the complainant, noted above. In a statement the complainant gave to the National Investigation Service (NIS), she said she had sexual relations with men when she was 16-years-old and 20-years-old.

[11] Defence counsel argued that he was not seeking to admit the statement for its truth, but simply for the fact that it was made to the appellant, arguing that it went to

### III. Analyse

#### A. *L'admissibilité de la déclaration antérieure de la plaignante concernant son orientation sexuelle*

[9] Pendant le contre-interrogatoire de la plaignante, l'avocat de la défense a tenté de lui poser des questions au sujet de la conversation qu'elle avait eue avec l'appelant le jour de l'incident, au cours de laquelle elle lui avait dit qu'elle avait déjà eu des rapports sexuels avec des hommes dans le passé. Elle n'a pas répondu. Lorsque l'avocat a continué à l'interroger, le poursuivant a soulevé une objection et un *voir-dire* a eu lieu en vertu de l'article 276 du *Code criminel*.

[10] Lors du *voir-dire*, l'appelant a relaté la conversation qu'il disait avoir eue avec la plaignante, qui a été décrite plus haut. Cette dernière a dit, dans une déclaration qu'elle a faite au Service national des enquêtes (SNE), qu'elle avait eu des rapports sexuels avec des hommes à l'âge de 16 et de 20 ans.

[11] L'avocat de la défense a indiqué qu'il cherchait à faire admettre la déclaration en preuve non pas pour la véracité de son contenu, mais simplement parce qu'elle

the appellant's honest but mistaken belief in consent. He took the position that section 276 was not engaged by the complainant's statement and that a *voir dire* was unnecessary.

[12] Defence counsel argued that even assuming section 276 was engaged, the statement should be admitted because of its importance to the appellant's defence of honest but mistaken belief:

DEFENCE COUNSEL: ... Now, in honest but mistaken belief cases, we've got to analyse the evidence of the accused person under a microscope and we have to look, because he can't be wilfully blind to the "no". I mean, if there is a "no", it's game over. And if it would've been apparent to anybody that the circumstances were a "no", then again, it's game over. So in order for this defence to succeed an accused person has to be able to point to a series of objectively reasonable factors that flush out and give some substance to his belief. ... I think it's fair to say that every indicia of consent that Corporal LeBlanc points to, to flush out and make reasonable his honest but mistaken belief is going to be very, very carefully reviewed. And a significant factor on the other side of the equation is going to be her statement, "I don't have sex with men."

Now, whether she does or not, that she tells Corporal LeBlanc that she does makes it reasonable for him to test the waters. It takes away the suggestion that it was implicitly unreasonable for him to pursue a sexual relationship or to believe that she was consenting. It leaves open the panels' deliberations to turn on, let's look at the facts: Did she consent? Did she not consent? And it takes away the problem of saying, Well, of course she wouldn't consent, she's a lesbian. She doesn't have sex with men. And, of course, if he can't even say in his evidence, I relied on her statement, she told me she has sex with men, ... then an important part of his overall defence is taken away from him. [Emphasis added.]

[13] The prosecutor took the position that the statement fell squarely within section 276, and should not be admitted:

PROSECUTOR: ... obviously, the goal here is to say that if she previously had sex with men ... it is more likely that she consented to this specific sexual activity with the

avait été faite à l'appelant, et il a soutenu qu'elle avait un rapport avec la croyance sincère mais erronée au consentement qu'avait l'appelant. Il a fait valoir que la déclaration de la plaignante ne faisait pas entrer en jeu l'article 276 et qu'un voir-dire n'était pas nécessaire.

[12] L'avocat de la défense a fait valoir que, même si l'article 276 s'appliquait, la déclaration devait être admise en raison de son importance pour la défense de croyance sincère mais erronée invoquée par l'appelant :

[TRADUCTION] L'AVOCAT DE LA DÉFENSE : [...] Lorsque le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée est invoqué, nous devons examiner la preuve de l'accusé à la loupe parce qu'il ne peut pas être délibérément sourd au « non ». S'il y a un « non », alors l'affaire est réglée. Et s'il aurait été évident aux yeux de tous que les circonstances faisaient en sorte qu'il y avait un « non », l'affaire est réglée également. Ainsi, pour que ce moyen de défense réussisse, il faut que l'accusé puisse énumérer une série de facteurs objectivement raisonnables qui donnent une certaine substance à sa croyance. [...] Je pense qu'il est juste de dire que chaque signe de consentement mentionné par le caporal LeBlanc qui donne de la substance à sa croyance sincère mais erronée et la rend raisonnable sera examiné de façon extrêmement minutieuse. L'un des facteurs importants de l'autre côté de l'équation sera la déclaration de la plaignante : « Je n'ai pas de rapports sexuels avec des hommes. »

Or, que ce soit le cas ou non, il est raisonnable que le caporal LeBlanc ait voulu tâter le terrain étant donné qu'elle lui avait dit que c'était le cas. Dès lors, on ne peut plus prétendre qu'il était implicitement déraisonnable pour lui de chercher à avoir un rapport sexuel ou de croire qu'elle consentait. Le comité pouvait ainsi, dans ses délibérations, se concentrer sur les faits et se demander : a-t-elle consenti ou n'a-t-elle pas consenti? On évite ainsi le problème de dire, bien sûr, elle n'aurait pas consenti, elle est lesbienne. Elle n'a pas de rapports sexuels avec des hommes. Bien sûr, s'il ne peut même pas dire dans son témoignage, je me suis fié à ce qu'elle m'a dit, elle m'a dit qu'elle a des rapports sexuels avec des hommes, [...] alors il est privé d'une partie importante de sa défense. [Je souligne.]

[13] Le poursuivant a fait valoir que la déclaration est visée directement à l'article 276 et qu'elle ne devait pas être admise :

[TRADUCTION] LE POURSUIVANT : [...] manifestement, le but ici est de dire que, si elle avait déjà eu des rapports sexuels avec des hommes [...] elle serait plus



accused. ... And that goes squarely under paragraph (a), which says:

... is more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject-matter (sic) of the charge; ...

So that's clearly a section 276. Because it cannot be different than that, that's the only conclusion the prosecution can draw from this. She had sex with me before and that substantiated my reasonable belief in consent.

[14] The prosecutor went on to state:

PROSECUTOR: ... The law doesn't change because of the sexual orientation of the complainant. That's the same law. If the complainant was not gay ... do you think my friend could try to put in evidence the fact that Corporal LeBlanc and her being hetero — if she's hetero and [she] says to Corporal LeBlanc in the car, Oh, I already — yes, I had sex with men before when I was sixteen. This could not be admissible in evidence at all, not at all. So this — the fact that she's gay doesn't change the law. Doesn't change the law with regard to the relevance of this conversation in the car. The prosecution — and I will say it again, I will not say that the complainant was less likely to have consented to the sexual activity because she was gay. I will stay as far away from that as possible to this because it's simply not true. Human beings are too difficult to draw those kind[s] of general inference[s]. I'm not going to go there. She said in her testimony that this is how she expressed her lack of consent to convince him to stop. That's the nature of the evidence here. [Emphasis added.]

[15] The military judge declined to admit the statement. He held:

MILITARY JUDGE: ... I find that admitting that evidence ... would fall into the category of, as found in 276(1), in that, by reason of the sexual activity the complainant is more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject matter of the charge or is less worthy of belief. I do not find that it has the probative value — I do not find that it has probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice. I do not find that it is a relevant issue in this trial. I do not find that it touches on an issue of, at this time, credibility of the complainant.

susceptible d'avoir consenti à précisément cette activité sexuelle avec l'accusé. [...] Et cela est directement visé à l'alinéa a), qui dit :

[...] [est] plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation; [...]

Ainsi, il ne fait aucun doute que l'article 276 s'applique. Parce qu'il ne peut en être autrement; c'est la seule conclusion à laquelle la poursuite peut arriver. La plaignante a eu des rapports sexuels avec moi dans le passé et cela justifie ma croyance raisonnable à son consentement.

[14] Le poursuivant a dit ensuite :

[TRADUCTION] LE POURSUIVANT : [...] Les règles de droit ne changent pas à cause de l'orientation sexuelle de la plaignante. Ce sont les mêmes règles. Si la plaignante n'était pas homosexuelle [...] pensez-vous que mon confrère pourrait essayer de produire en preuve le fait que le caporal LeBlanc et elle étaient hétérosexuels — si elle était hétéro et [elle] disait au caporal Leblanc, dans la voiture, oh, j'ai déjà — oui, j'ai eu des rapports sexuels avec des hommes lorsque j'avais 16 ans. Cela ne pourrait pas du tout être admissible en preuve. Alors, le fait qu'elle est lesbienne ne change rien au droit, ne change rien au droit en ce qui concerne la pertinence de la conversation dans la voiture. La poursuite — et je vais le répéter, je ne dirai pas que la plaignante était moins susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle parce qu'elle était homosexuelle. Je me garderai autant que possible de dire une telle chose parce que cela n'est tout simplement pas vrai. Les êtres humains sont trop complexes pour qu'on puisse tirer ce genre de conclusion générale. Je me garderai de le faire. La plaignante a dit dans son témoignage que c'est de cette façon qu'elle avait exprimé son absence de consentement pour le convaincre d'arrêter. Telle est la nature de la preuve ici. [Je souligne.]

[15] Le juge militaire a refusé d'admettre la déclaration. Il a dit :

[TRADUCTION] LE JUGE MILITAIRE : [...] Je conclus qu'admettre cette preuve [...] ce serait un cas visé au paragraphe 276(1) en ce sens que, en raison de l'activité sexuelle, la plaignante serait considérée comme plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle à l'origine de l'accusation ou comme moins digne de foi. Je ne pense pas que cette preuve ait la valeur probante — je ne pense pas que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante. Je ne pense pas que cette question soit pertinente en l'espèce. Je ne pense pas qu'elle touche, à cette étape-ci, à la crédibilité de la plaignante.

[16] As the case unfolded, the complainant repeatedly testified that when the appellant attempted intercourse with her she told the appellant “no fucking way, I’m gay. It’s not going to work, I’m gay”.

[17] Later in the trial, the prosecutor began cross-examining the appellant with respect to his knowledge of the complainant’s sexual orientation. The evidence elicited was that the appellant knew that the complainant had a girlfriend. It became clear that the prosecutor was seeking to establish that the appellant was “wilfully blind” to the complainant’s lack of consent. Defence counsel objected, and suggested that it would be unfair for the judge to permit the prosecution to continue this line of questioning given that the defence was precluded from cross-examining the complainant in a similar fashion as a result of the section 276 ruling. He sought a reconsideration of his application pursuant to section 276 of the *Criminal Code*:

DEFENCE COUNSEL: I think your Honour may have to reconsider the earlier ruling on the 276, because the court will recall on the 276, the defence theory was it does go to state of mind and the prosecution theory is that it was too distant temporally from the act itself. But the prosecution theory had nothing to do with, he knew the sexual orientation, so she was less likely to consent. It was simply that she didn’t consent.

Now the prosecution after she’s been cross-examined and dismissed after the 276 has been ruled upon, he’s changing its theory. And now it’s willful blindness. And ... the willful blindness can only relate that you knew she was gay and you went ahead anyway. And it’s not appropriate to change horses in midstream like this. I think we’re again very close to a mistrial at this point. Because if the prosecution is now going to argue after arguing to the contrary earlier and after getting rulings on the 276, that his position is willful blindness, then Corporal LeBlanc can’t defend himself without referring to the specific of that conversation and it wasn’t put to the complainant as it would have been in the course of her normal cross-examination. So this willful blindness issue is a different strategy, it’s different from what we started the trial with

[16] Pendant la présentation de la preuve, la plaignante a répété à maintes reprises que, lorsque l’appelant avait tenté d’avoir des rapports sexuels avec elle, elle lui avait dit : [TRADUCTION] « Il n’en est absolument pas question, je suis lesbienne. Cela ne marchera pas, je suis lesbienne. »

[17] Plus tard au cours du procès, le poursuivant a commencé à contre-interroger l’appelant sur sa connaissance de l’orientation sexuelle de la plaignante. Selon le témoignage obtenu, l’appelant savait que la plaignante avait une petite amie. Il est devenu évident que le poursuivant cherchait à établir que l’appelant avait fait preuve d’« aveuglement volontaire » en ce qui concerne l’absence de consentement de la plaignante. L’avocat de la défense a fait objection, disant qu’il serait injuste que le juge permette à la poursuite de continuer dans cette voie étant donné que la défense n’avait pas pu contre-interroger la plaignante de cette façon en raison de la décision rendue relativement à la demande fondée sur l’article 276 du *Code criminel*. Il a demandé que cette demande soit réexaminée :

[TRADUCTION] L’AVOCAT DE LA DÉFENSE : Je pense que vous devriez peut-être revoir la décision concernant l’article 276, parce que la cour se rappellera, au sujet de cet article, que la défense faisait valoir que l’élément exclu avait trait à l’état d’esprit alors que la poursuite soutenait qu’il était trop éloigné dans le temps de l’acte lui-même. Or, la thèse de la poursuite n’était pas du tout qu’il connaissait l’orientation sexuelle de la plaignante et que celle-ci était donc moins susceptible de consentir à l’activité sexuelle. Selon la poursuite, la plaignante n’a tout simplement pas consenti à l’activité sexuelle.

Maintenant la poursuite, après le contre-interrogatoire de la plaignante et après la décision relative à la demande fondée sur l’article 276, change sa thèse. Et maintenant, il s’agit d’aveuglement volontaire. Et [...] l’aveuglement volontaire peut seulement se rapporter au fait que vous saviez qu’elle était lesbienne et que cela ne vous a pas arrêté. Or, il ne convient pas de changer de cheval au milieu de la rivière comme ça. Je pense que nous sommes très près d’un procès nul. Parce que, si la poursuite va maintenant soutenir, contrairement à ce qu’elle a prétendu auparavant et après avoir obtenu des décisions fondées sur l’article 276, qu’il y a eu aveuglement volontaire, alors le caporal LeBlanc ne peut se défendre sans faire référence aux détails de la conversation et la plaignante n’a pas été interrogée là-dessus comme elle l’aurait été



and it undermines the soundness of the rulings because the court might well have done something very different in terms of the 276 if the prosecution theory had been, he can't believe consent because he knew she was gay and he knew she was gay and wouldn't consent [to] sex with a man. [Emphasis added.]

[18] The prosecutor responded that while the complainant's past sexual history was not admissible, "the accused's knowledge or state of mind as to the sexual orientation of the complainant was relevant and admissible".

[19] The defence responded that the prosecution was trying to "have it both ways":

DEFENCE COUNSEL: ... It can't be both relevant and irrelevant. He can't use it to take away an explanation of the defence that would otherwise be available at the same time he's using it as an attack. ... Corporal LeBlanc can't defend himself now because his response to he knew she was gay was, "Well, no, I didn't know she was gay. She told me she had sex [with] men sometimes." So he can't even answer the question. And by alluding to the sexual orientation, it's problematic and we're at a stage where the prosecution has now indicated that it intends to challenge the honest but mistaken belief on the basis of willful blindness.

[20] After receiving a few questions from the military judge with respect to the purpose of questioning the appellant on his knowledge of the complainant's sexual orientation, the prosecutor agreed to abandon the line of inquiry. However the inference remained open to the panel that the appellant knew the complainant was gay yet persisted with sexual relations, knowing she would not consent to sexual acts with a man.

[21] The *voir dire* pursuant to section 276 on the issue of the admissibility of the prior statement attributed to the complainant regarding sexual relations with men in the past was not re-opened.

dans le cadre d'un contre-interrogatoire normal. Invoquer l'aveuglement volontaire est donc une stratégie différente, elle est différente de ce qui a été avancé au début du procès et elle compromet le bien-fondé des décisions relatives à l'article 276 parce que celles-ci auraient bien pu être tout à fait différentes si la poursuite avait fait valoir que le caporal LeBlanc ne pouvait pas croire que la plaignante consentait à l'activité sexuelle parce qu'il savait qu'elle était lesbienne et qu'elle ne consentirait pas à avoir des rapports sexuels avec un homme. [Je souligne.]

[18] Le poursuivant a répondu que, bien que le passé sexuel de la plaignante ne soit pas admissible, [TRADUCTION] « la connaissance qu'avait l'accusé de l'orientation sexuelle de la plaignante ou l'état d'esprit de l'accusé à cet égard étaient pertinents et admissibles ».

[19] La défense a répondu que la poursuite essayait de gagner sur les deux tableaux :

[TRADUCTION] L'AVOCAT DE LA DÉFENSE : [...] Cela ne peut être à la fois pertinent et non pertinent. Il ne peut s'en servir pour priver la défense d'une explication qu'elle pourrait autrement présenter et, en même temps, s'en servir pour attaquer. [...] Le caporal LeBlanc ne peut se défendre maintenant parce que sa réponse à la question de savoir s'il savait qu'elle était lesbienne a été : « Non, je ne le savais pas. Elle m'a dit qu'elle avait quelquefois des rapports sexuels avec des hommes. » Ainsi, il ne peut même pas répondre à la question. Et cette allusion à l'orientation sexuelle est problématique et la poursuite a maintenant indiqué qu'elle a l'intention d'opposer à la défense de la croyance sincère mais erronée l'argument de l'aveuglement volontaire.

[20] Après que le juge militaire lui eut posé quelques questions sur le but de son interrogatoire de l'appelant au sujet de sa connaissance de l'orientation sexuelle de la plaignante, le poursuivant a accepté de laisser tomber cet aspect de l'interrogatoire. Cependant, la possibilité existait toujours pour le comité d'inférer que l'appelant savait que la plaignante était lesbienne et qu'il avait continué néanmoins à avoir des rapports sexuels avec elle, sachant qu'elle n'accepterait pas d'avoir de tels rapports avec un homme.

[21] Le *voir-dire* tenu en vertu de l'article 276 sur la question de l'admissibilité de la déclaration antérieure attribuée à la plaignante concernant ses rapports sexuels avec des hommes dans le passé n'a pas été rouvert.

[22] At this point, defence counsel urged the military judge to consider a mid-trial instruction on sexual orientation:

DEFENCE COUNSEL: I think the panel needs to be told, having heard this, having heard this line of questioning and having heard that last question, I think they need to be instructed that ... her sexual orientation can't be used to make it more or less likely that she consented or didn't consent.

[23] The military judge declined to make a mid-trial instruction. He held that the issue could be addressed, if necessary, as “part of the final instructions” to the panel. However, when the issue was raised by defence counsel during the pre-charge conference at the end of the trial, the military judge again declined instruct the panel on non-permissible inferences based on the complainant's evidence regarding her sexual orientation.

[24] The admissibility of prior sexual conduct of a complainant is governed by section 276 of the *Criminal Code*:

**276.** (1) In proceedings in respect of an offence under section 151, 152, 153, 153.1, 155 or 159, subsection 160(2) or (3) or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273, evidence that the complainant has engaged in sexual activity, whether with the accused or with any other person, is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant

(a) is more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject-matter of the charge; or

(b) is less worthy of belief.

(2) In proceedings in respect of an offence referred to in subsection (1), no evidence shall be adduced by or on behalf of the accused that the complainant has engaged in sexual activity other than the sexual activity that forms the subject-matter of the charge, whether with the accused or with any other person, unless the judge, provincial court judge or justice determines, in accordance with the procedures set out in sections 276.1 and 276.2, that the evidence

(a) is of specific instances of sexual activity;

[22] L'avocat de la défense a alors demandé instamment au juge militaire d'envisager la possibilité de donner au comité une directive en cours d'audience au sujet de l'orientation sexuelle :

[TRADUCTION] L'AVOCAT DE LA DÉFENSE : Je pense que le comité doit être informé, ayant entendu cette série de questions et ayant entendu la dernière question, je pense qu'il faut lui dire que [...] l'orientation sexuelle de la plaignante ne peut servir à démontrer qu'elle était plus susceptible ou moins susceptible de consentir à l'activité sexuelle ou de ne pas y consentir.

[23] Le juge militaire a repoussé cette demande. Il a dit que la question pourrait être abordée, au besoin, dans le cadre des directives finales au comité. Cependant, lorsque la question a été soulevée par l'avocat de la défense au cours de la conférence préalable à l'exposé du juge militaire au comité à la fin du procès, le juge militaire a de nouveau refusé de donner au comité des directives sur les conclusions que le comité ne pouvait pas tirer du témoignage qu'a donné la plaignante concernant son orientation sexuelle.

[24] L'admissibilité de la preuve de la conduite sexuelle antérieure d'un plaignant est régie par l'article 276 du *Code criminel* :

**276.** (1) Dans les poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155 ou 159, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273, la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l'accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu'il est :

a) soit plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation;

b) soit moins digne de foi.

(2) Dans les poursuites visées au paragraphe (1), l'accusé ou son représentant ne peut présenter de preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle autre que celle à l'origine de l'accusation sauf si le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 276.1 et 276.2, à la fois :

a) que cette preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle;

- |   |  |
|---|--|
| <p>(b) is relevant to an issue at trial; and</p> <p>(c) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.</p> <p>(3) In determining whether evidence is admissible under subsection (2), the judge, provincial court judge or justice shall take into account</p> <p>(a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;</p> <p>(b) society's interest in encouraging the reporting of sexual assault offences;</p> <p>(c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;</p> <p>(d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;</p> <p>(e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;</p> <p>(f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;</p> <p>(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and</p> <p>(h) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant.</p> | <p>b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;</p> <p>c) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.</p> <p>(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération :</p> <p>a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;</p> <p>b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;</p> <p>c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;</p> <p>d) le besoin d'écarter de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;</p> <p>e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;</p> <p>f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;</p> <p>g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;</p> <p>h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.</p> |
|---|--|

[25] The evidence of the complainant's sexual orientation was not relevant to any issue in the case at the outset of the trial, nor was the fact the statement was made to the appellant initially relevant to any issue in the trial. As the trial unfolded, several events occurred which required, at minimum, a re-consideration of the ruling pursuant to section 276. First, the complainant testified repeatedly that when the appellant attempted intercourse, she told him there was "no fucking way", she was gay and that it wouldn't work, because she was gay.

[25] La preuve concernant l'orientation sexuelle de la plaignante n'était pas pertinente relativement à quelque question que ce soit au début du procès; le fait que la déclaration a été faite à l'appellant n'était pas non plus pertinent initialement relativement à quelque question que ce soit qui se posait au procès. Cependant, plusieurs incidents survenus pendant le procès exigeaient à tout le moins un réexamen de la décision relative à la demande fondée sur l'article 276. En premier lieu, la plaignante a déclaré à maintes reprises dans son témoignage que, lorsque l'appellant avait tenté d'avoir des rapports sexuels avec elle, elle lui avait dit qu'il n'en était absolument pas question, qu'elle était lesbienne et que ça ne marcherait pas pour cette raison.

[26] Later the Crown cross-examined the appellant regarding his knowledge that the complainant was gay. He submitted that the evidence was relevant to the appellant's state of mind regarding the issue of mistaken belief in consent. The inference sought to be drawn was that the complainant would not consent because she was gay, and since the appellant knew she was gay, he could not be mistaken in his belief that she would consent.

[27] Section 276 prevents an inference that the complainant was more likely to consent to have sexual relations with the appellant because she had prior relations with men. However, that was not the issue here. The issue was whether the appellant knew she had prior relations with men, a fact which would potentially be relevant to his argument that he had a mistaken belief that the complainant consented.

[28] Mistaken belief in consent was the fundamental issue in the case. I make no comment on the viability of the defence as this question was not raised on appeal. The jury was left with the evidence that the complainant was gay, and the appellant knew she was gay, yet persisted (on her evidence) in forcing sexual relations with her. The appellant was not permitted to give or lead evidence that she had told him (and the NIS officers), that she had specific relations with men in the past. Whether this would have, at the end of the day, assisted the appellant it is impossible to say. The point is that the combined effect of the complainant's evidence and the cross-examination by the Crown resulted in the previous statement having significant relevance to the issue before the Court.

[29] Section 276 was not designed to prevent an accused from having a fair trial, but to prevent a complainant's evidence to be unfairly infected by the "myths" that a woman who engaged in sexual activity was more likely to consent or more likely to be untruthful: see

[26] Plus tard, la poursuite a contre-interrogé l'appelant au sujet de sa connaissance de l'orientation sexuelle de la plaignante. L'avocat de la poursuite a soutenu que la preuve était pertinente relativement à l'état d'esprit de l'appelant dans l'optique de la croyance erronée au consentement. La poursuite cherchait à ce que soit tirée la conclusion que la plaignante n'aurait pas consenti à l'activité sexuelle puisqu'elle était lesbienne et que, comme l'appelant savait qu'elle l'était, il n'avait pas pu croire à tort qu'elle consentirait à avoir des rapports sexuels avec lui.

[27] L'article 276 empêche de conclure que la plaignante était plus susceptible de consentir à des rapports sexuels avec l'appelant parce qu'elle avait déjà eu des rapports sexuels avec des hommes. Ce n'était toutefois pas là le point en litige dans la présente affaire. En fait, la question était de savoir si l'appellant savait que la plaignante avait déjà eu des rapports sexuels avec des hommes, un fait susceptible d'être pertinent au regard de sa prétention selon laquelle il avait cru à tort que la plaignante consentait à l'activité sexuelle.

[28] L'élément fondamental en l'espèce était la croyance erronée au consentement. Je ne fais aucun commentaire sur la validité de ce moyen de défense car cette question n'a pas été soulevée en appel. Le jury ne disposait que de la preuve démontrant que la plaignante était homosexuelle, que l'appelant le savait et qu'il avait néanmoins persisté (selon le témoignage de la plaignante) à forcer la plaignante à avoir des rapports sexuels avec lui. Il n'a pas été permis à l'appelant de présenter une preuve démontrant que la plaignante lui avait dit (et avait dit aux agents du SNE) qu'elle avait déjà eu des rapports sexuels avec des hommes dans le passé. Cela aurait-il aidé l'appelant au bout du compte? Impossible de le dire. Il reste que l'effet combiné du témoignage de la plaignante et du contre-interrogatoire mené par la poursuite a été que la déclaration antérieure était très pertinente au regard de la question sur laquelle la cour devait se prononcer.

[29] L'article 276 n'a pas été conçu pour empêcher un accusé d'avoir un procès équitable, mais plutôt dans le but d'empêcher que le témoignage d'une plaignante soit contaminé injustement par le « mythe » qui veut qu'une femme qui s'est livrée à des activités sexuelles soit plus

*R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at paragraph 45.

[30] Though dealing with a previous version of section 276, the comments of McLachlin J. in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577 at pages 620 and 621, cited with approval by L'Heureux-Dubé J. in *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912 at paragraph 11, which discuss the importance of balancing the various interests at trial, are apposite:

Accepting that the rejection of relevant evidence may sometimes be justified for policy reasons, the fact remains that [the former] s. 276 may operate to exclude evidence where the very policy which imbues the section — finding the truth and arriving at the correct verdict — suggests the evidence should be received. Given the primacy in our system of justice of the principle that the innocent should not be convicted, the right to present one's case should not be curtailed in the absence of an assurance that the curtailment is clearly justified by even stronger contrary considerations. What is required is a law which protects the fundamental right to a fair trial while avoiding the illegitimate inferences from other sexual conduct that the complainant is more likely to have consented to the act or less likely to be telling the truth.

[31] The Crown tendered evidence from which a potentially false inference of fact could be drawn against the accused. This made the evidence of prior sexual conduct of the complainant highly relevant. See, for example, *R. v. Morden*, 7 B.C.A.C. 293, 1991 CanLII 5766.

[32] It will be for the military judge to determine, based on the evidence tendered in the new trial, whether the evidence should be admitted after a thorough weighing of the factors enunciated in subsection 276(3). This is a provision which often requires a ruling prior to evidence being called, and as such, it is always open to be revisited if the evidence changes or a party's position changes from the initial *voir dire*. This was a case which required a revisiting of the ruling as a result of the manner the evidence came before the panel.

susceptible d'avoir consenti à une telle activité ou de ne pas dire la vérité. Voir *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, au paragraphe 45.

[30] Les propos de la juge McLachlin dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 aux pages 620 et 621, que la juge L'Heureux-Dubé a cités avec approbation dans *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912 au paragraphe 11, qui portent sur l'importance de soupeser les divers intérêts en jeu au procès, sont pertinents en l'espèce même s'ils concernent une version antérieure de l'article 276 :

Si l'on accepte qu'il peut parfois être justifié d'exclure des preuves pertinentes pour des raisons de principe, le fait demeure que l'[ancien] art. 276 peut entraîner l'exclusion d'une preuve dans des cas où le principe même qui sous-tend la disposition — découvrir la vérité et arriver au bon verdict — indiquerait que cette preuve devrait être admise. Étant donné que notre système de justice repose sur le principe qu'une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable, son droit d'exposer sa cause ne devrait pas être restreint en l'absence d'une garantie que cette restriction est clairement justifiée par des considérations contraires encore plus importantes. Il faut une règle qui protège le droit fondamental à un procès équitable, mais qui ne permet pas de déduire sans motif légitime que la plaignante, à cause d'un comportement sexuel antérieur, est plus susceptible d'avoir consenti à l'acte ou moins susceptible de dire la vérité.

[31] La poursuite a produit une preuve de laquelle il était possible de tirer à l'égard de l'accusé une conclusion de fait qui était peut-être fausse, ce qui rendait très pertinente la preuve de la conduite sexuelle antérieure de la plaignante. Voir, par exemple, *R. v. Morden*, 7 B.C.A.C. 293, 1991 CanLII 5766.

[32] Il appartiendra au juge militaire de déterminer, sur la foi de la preuve présentée lors du nouveau procès, si cette preuve devrait être admise après que les facteurs énumérés au paragraphe 276(3) auront été soupesés à fond. Le paragraphe 276(3) nécessite souvent qu'une décision soit rendue avant la production de la preuve. Cela étant, cette décision peut toujours être modifiée si la preuve change ou si la thèse d'une partie change par rapport à celle exposée lors du voir-dire initial. Il s'agit en l'espèce d'un cas où il fallait revoir la décision en raison de la manière dont la preuve avait été présentée au comité.

[33] Given my conclusions with respect to the first ground of appeal, I do not find it necessary to address the remaining grounds of appeal.

[34] The appellant submitted that this Court should enter an acquittal rather than a new trial if error was found on this ground. In my view, this was an error with respect to an evidentiary ruling which, had the evidence been admitted, may or may not have affected the result. Therefore, it would not be appropriate for this Court to enter an acquittal.

[35] I would allow the appeal and order a new trial.

ELIZABETH MCFADYEN J.A.: I agree.

JOANNE B. VEIT J.A.: I agree.

[33] Compte tenu de mes conclusions concernant le premier motif d'appel, j'estime qu'il n'est pas nécessaire que je me prononce sur les autres motifs d'appel.

[34] L'appelant a soutenu que la Cour devrait prononcer un verdict d'acquittal au lieu d'ordonner un nouveau procès si, en se prononçant sur ce motif, elle concluait à l'erreur. À mon avis, l'erreur concernait une décision relative à un élément de preuve qui, s'il avait été admis, aurait pu ou non influencer sur l'issue de l'affaire. En conséquence, il ne conviendrait pas que la Cour prononce un verdict d'acquittal.

[35] J'accueillerais l'appel et ordonnerais un nouveau procès.

ELIZABETH MCFADYEN, J.C.A. : J'y souscris.

JOANNE B. VEIT, J.C.A. : J'y souscris.