

R. v. Rivas, 2012 CMAC 1

CMAC 548

**Corporal D. Rivas**

*Appellant,*

v.

**Her Majesty the Queen**

*Respondent.*

Heard: Ottawa, Ontario, March 23, 2012.

Judgement: Ottawa, Ontario, July 3, 2012.

Present: Dawson, O'Reilly, and MacKenzie JJ.A.

Appeal of the convictions and sentence of the Appellant before a General Court Martial at Canadian Forces Base Borden, Ontario, on May 17, 2011.

*Identity evidence — Military Judge's charge to panel — Where credibility issues vital to determination of guilt charge must be given on them.*

The Accused was convicted of one count of drunkenness contrary to section 97 of the *National Defence Act* and one count of sexual assault contrary to section 271 of the *Criminal Code* and section 130 of the *National Defence Act*, following an incident in which a Private at Canadian Forces Base Borden stated he entered her room and sexually assaulted her while she was sleeping. A charge of behaving in a disgraceful manner contrary to section 93 of the *National Defence Act* was stayed. A joint submission was made on sentencing proposing 90 days imprisonment and a \$2,000 fine. The Military Judge imposed a sentence of 9 months imprisonment.

*Held:* Appeal allowed, new trial ordered.

The Military Judge improperly instructed the panel with regard to the evidence of identification, therefore it is unnecessary to deal with the other issues raised by the Appellant. The instructions were deficient as they omitted a significant amount of identity evidence to which the panel's attention should have been drawn. Further, although the Military Judge gave the panel a general charge on *W. (D)*., there were no instructions specific to the identity evidence before the panel on how it should be

R. c. Rivas, 2012 CACM 1

CMAC 548

**Le Caporal D. Rivas**

*Appelant,*

c.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée.*

Audience : Ottawa (Ontario), le 23 mars 2012.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 3 juillet 2012.

Devant : Les juges Dawson, O'Reilly et Mackenzie, J.C.A.

Appel contre les déclarations de culpabilité et les sentences prononcées par une cour martiale générale à la Base des Forces canadiennes Borden (Ontario), le 17 mai 2011.

*Preuve d'identité — Directives du juge militaire au jury — Lorsque des questions de crédibilité essentielles à la détermination de culpabilité doivent être communiquées au jury.*

L'accusé a été déclaré coupable d'un chef d'accusation d'ivresse, en contravention à l'article 97 de la *Loi sur la défense nationale*, ainsi que d'un chef d'accusation d'agression sexuelle en contravention à l'article 271 du *Code criminel* et à l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, à la suite d'un incident au cours duquel un soldat de la Base des Forces canadiennes Borden a déclaré que l'accusé était entré dans sa chambre et l'avait agressée sexuellement pendant son sommeil. Une accusation de conduite déshonorante, en contravention à l'article 93 de la *Loi sur la défense nationale*, a été retirée. Des observations conjointes sur la sentence, prévoyant une peine d'emprisonnement de 90 jours et une amende de 2 000 \$, ont été présentées. Le juge militaire a rendu une peine d'emprisonnement de neuf mois.

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

Comme le juge militaire a donné des directives insuffisantes au jury au sujet de la preuve d'identification, il est inutile d'examiner les autres questions soulevées par l'appelant. Les directives étaient incomplètes, car une quantité importante d'éléments de preuve d'identification qui auraient dû être portés à l'attention du jury a été omise. De plus, bien que le juge militaire ait donné au jury des instructions générales basées sur l'arrêt *W. (D)*., il ne lui a fourni aucune directive précise quant

applied. As this evidence required the panel to make a credibility determination on issues vital to the charge and favourable to the accused, such a charge was required.

à la manière d'appliquer la preuve d'identité. Or, ces directives étaient nécessaires, car ces éléments de preuve exigeaient du jury qu'il se prononce sur la crédibilité sur des questions cruciales à l'examen des chefs d'accusation et favorables à l'accusé.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 271.  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 93, 97, 130.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 271.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 93, 97, 130.

#### CASES CITED

*R. v. Baltovich*, 73 O.R. (3d) 481, 2004 CanLII 45031 (ON CA); *R. v. D. (B.)*, 2011 ONCA 51, 266 C.C.C. (3d) 197; *R. v. F.E.E.*, 2011 ONCA 783, 108 O.R. (3d) 337; *R. v. Sophonow (No. 2)*, 25 C.C.C. (3d) 415, 1986 CanLII 104 (MB CA); *R. v. Turnbull*, [1976] 3 W.L.R. 445, [1976] 3 All E.R. 549 (UK CA); *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, 122 N.R. 277.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

*R. v. Baltovich*, 73 O.R. (3d) 481, 2004 CanLII 45031 (ON CA); *R. v. D. (B.)*, 2011 ONCA 51, 266 C.C.C. (3d) 197; *R. v. F.E.E.*, 2011 ONCA 783, 108 O.R. (3d) 337; *R. v. Sophonow (No. 2)*, 25 C.C.C. (3d) 415, 1986 CanLII 104 (MB CA); *R. v. Turnbull*, [1976] 3 W.L.R. 445, [1976] 3 All E.R. 549 (UK CA); *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, 122 N.R. 277.

#### AUTHORS CITED

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. Toronto: Thomson/Carswell, 2005.

#### DOCTRINE CITÉE

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. Toronto: Thomson/Carswell, 2005.

#### COUNSEL

*Mr. Denis Couture*, for the appellant.  
*Major Éric Carrier, Lieutenant-Colonel Marylène Trudel*, for the respondent.

#### AVOCATS

*M. Denis Couture*, pour l'appelant.  
*Major Éric Carrier, Lieutenant-colonel Marylène Trudel*, 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*

O'REILLY J.A.

LE JUGE O'REILLY, J.C.A. :

#### I. Overview

[1] Corporal Rivas worked as an orderly at the student canteen on Canadian Forces Base Borden. In July 2010, a Private at the base identified Corporal Rivas as being the person who had entered her room while she was sleeping and touched her in a sexual manner without her consent.

#### I. Survol

[1] Le caporal Rivas était affecté en tant que préposé à la cantine des étudiants de la Base des forces canadiennes Borden. En juillet 2010, une soldate de la base a désigné le caporal Rivas comme celui qui avait pénétré dans sa chambre alors qu'elle dormait et qui, sans qu'elle y consente, lui avait fait des attouchements sexuels.

[2] In May 2011, Corporal Rivas pleaded not guilty to the following charges:

- Sexual assault, contrary to section 130 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 and section 271 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (enactments cited are set out in Annex A);
- Behaving in a disgraceful manner, contrary to section 93 of the *National Defence Act*;
- Drunkenness, contrary to section 97 of the *National Defence Act*.

[3] Corporal Rivas was tried at a General Court Martial consisting of a military judge and a five-member panel on the charges and was found guilty of sexual assault and drunkenness. The charge of behaving in a disgraceful manner was stayed. The prosecution and defence made a joint submission on sentence, proposing 90 days of detention and a fine of \$2,000. The Military Judge rejected that submission and imposed a sentence of nine months' imprisonment.

[4] Corporal Rivas appeals his convictions, the stay of proceedings and his sentence. His principal dispute lies in the manner in which the Military Judge instructed the panel on the identification evidence. I agree that the instructions to the panel in this area were incomplete. It is unnecessary, therefore, to address the other issues Corporal Rivas raised in his appeal. I would allow the appeal and order a new trial.

## II. The Military Judge's instructions to the panel

[5] The Military Judge began with general instructions about the role of the panel in determining the facts and its duty to follow the judge's directions on the law. The judge made clear that the panel could accept all, part, or none of what a witness said. He repeated the meaning of the presumption of innocence and its corollary, the standard of proof beyond a reasonable doubt. He also set out the standard charge in cases where credibility is a

[2] En mai 2011, le caporal Rivas a plaidé non coupable aux chefs d'accusation suivants :

- agression sexuelle, infraction prévue à l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, et à l'article 271 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le texte de ces dispositions est reproduit à l'annexe A);
- conduite déshonorante, infraction prévue à l'article 93 de la *Loi sur la défense nationale*;
- ivresse, infraction prévue à l'article 97 de la *Loi sur la défense nationale*.

[3] Le caporal Rivas a été jugé par une cour martiale générale composée d'un juge militaire et d'un comité de cinq membres. Il a été déclaré coupable d'agression sexuelle et d'ivresse. L'accusation de conduite déshonorante a fait l'objet d'un sursis. La poursuite et la défense ont conjointement recommandé une peine de détention de 90 jours et une amende de 2 000 \$. Le juge militaire a rejeté cette recommandation et a infligé une peine d'emprisonnement de neuf mois.

[4] Le caporal Rivas fait appel de ces verdicts, du sursis et de la peine qui lui a été imposée. Il conteste essentiellement les directives que le juge militaire a données au comité au sujet de la preuve d'identification. Je suis d'accord que les directives données au comité à cet égard étaient incomplètes. Il n'y a donc pas lieu pour moi de me pencher sur les autres questions soulevées en l'espèce par le caporal Rivas. J'accueillerais l'appel et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

## II. Les directives du juge militaire au comité

[5] Le juge militaire a d'abord donné des instructions générales quant au rôle du comité dans la détermination des faits et quant à l'obligation qu'il a de suivre les directives du juge en ce qui concerne le droit. Le juge a précisé que le comité pouvait accepter intégralement le témoignage d'un témoin, n'en retenir qu'une partie ou rejeter entièrement le témoignage. Il a rappelé ce qu'il faut entendre par présomption d'innocence et son corollaire,

key issue arising from *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742 (*W. (D.)*):

If you believe the evidence of the accused you must find him not guilty. If you do not believe the evidence of the accused but his evidence leaves you with a reasonable doubt, you must find him not guilty. If you do not know whom to believe, then you have a reasonable doubt and must find the accused not guilty. Even if you are not left with a reasonable doubt by the evidence of the accused you must still ask yourself whether, on the whole of the evidence, you are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused is guilty.

[6] The Military Judge then explained the concepts of direct and circumstantial evidence, and summarized the evidence in the trial. He began with the complainant's evidence. He referred to the following parts of her testimony:

- she went to bed at about 10:00 pm on July 15, 2010 after studying for a while;
- she heard a door slam and became aware that a person was lying on her bed with his arm across her chest—it was 12:01 am;
- she identified Corporal Rivas, whom she had seen before on parade and working in the canteen, as the person on her bed;
- she asked the intruder to leave, and he did;
- she awoke again later after hearing a bang;
- she saw Corporal Rivas with his pants off and masturbating;
- she noticed that her pyjamas had been pulled down to her ankles and that her pubic area was wet, with the texture of saliva;
- she told Corporal Rivas, who smelled of vodka, to get out—he told her to shut up;

la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable. Il a ensuite fait au jury l'exposé habituel, fondé sur l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742 (*W. (D.)*), lorsque la crédibilité revêt une importance essentielle :

[TRADUCTION] Si vous croyez le témoignage de l'accusé, vous devez le juger non coupable. Si vous ne le croyez pas, mais que son témoignage vous inspire un doute raisonnable, vous devez le juger non coupable. Si vous ne savez pas qui croire, vous avez alors un doute raisonnable et vous devez le juger non coupable. Même si le témoignage de l'accusé ne crée pas chez vous de doute raisonnable, vous devez néanmoins vous demander si, au vu de la preuve prise dans son ensemble, vous êtes persuadés, hors de tout doute raisonnable, de la culpabilité de l'accusé.

[6] Le juge militaire a ensuite expliqué les concepts de preuve directe et de preuve circonstancielle, puis il a résumé la preuve présentée au procès. Il a commencé par le témoignage de la plaignante, en rappelant diverses parties :

- elle s'est couchée vers 22 h le 15 juillet 2010, après avoir passé quelque temps à étudier;
- elle a entendu une porte claquer et s'est aperçue que quelqu'un était allongé sur son lit, un bras étendu sur sa poitrine — il était 0 h 1;
- elle a reconnu la personne étendue sur son lit : c'était le caporal Rivas, qu'elle avait déjà vu lors de défilés ou lorsqu'il travaillait à la cantine;
- elle a dit à l'intrus de sortir, ce qu'il a fait;
- elle s'est réveillée à nouveau après avoir entendu un claquement;
- elle a vu le caporal Rivas, qui avait retiré son pantalon et se masturbait;
- elle s'est aperçue que son pyjama avait été baissé jusqu'aux chevilles et que sa région pubienne était mouillée par un liquide ressemblant à de la salive;
- elle a dit au caporal Rivas, qui sentait la vodka, de sortir; il lui a répondu de la fermer;

- after the intruder left, the complainant found a cell-phone in her room—she went into the hallway and threw it to the intruder, who caught it;
- she went to the bathroom, showered, then went back to her room.
- the next day, she confronted Corporal Rivas at the canteen and told him she would smash his head if he did that again;
- he apologized and said that he had had too much to drink.
- après le départ de l'intrus, la plaignante a trouvé dans sa chambre un téléphone portable; elle est sortie dans le couloir et l'a lancé à l'intrus, qui l'a attrapé au vol;
- elle s'est rendue alors à la salle de bain, s'est douchée et est retournée dans sa chambre;
- le jour suivant, elle a confronté le caporal Rivas à la cantine, lui disant que si jamais il recommençait, elle lui casserait la gueule;
- il s'est excusé et a dit qu'il avait trop bu.

[7] The Military Judge then referred to the evidence, elicited on cross-examination of the complainant, of a prior sexual encounter between the complainant and Corporal Rivas. He explained that the panel could use that evidence to help decide whether the complainant had identified Corporal Rivas correctly, and not for other purposes.

[7] Le juge militaire a alors renvoyé au témoignage de la plaignante lors de son contre-interrogatoire, selon lequel il y avait eu une rencontre sexuelle antérieure entre elle et le caporal Rivas. Il a expliqué au comité que celui-ci ne pouvait prendre en compte ce témoignage que pour l'aider à décider si la plaignante avait correctement identifié le caporal Rivas, mais à aucune autre fin.

[8] The judge then summarized Corporal Rivas's testimony:

[8] Le juge a ensuite résumé le témoignage du caporal Rivas :

- he knew the complainant as a customer at the canteen and from the smoking area near the barracks;
- she knew him by name;
- in June 2010, after a conversation in the smoking area, she invited him to her room where they had sex;
- after that, their relationship was “a bit weird”;
- she asked if he wanted to date her, and he declined—she seemed disappointed;
- he said that on the night of the alleged assault, he was with friends at the mess;
- they arrived at the mess between 10:00 and 11:00 pm—while there, Corporal Rivas drank some beer and danced;
- il connaissait la plaignante en tant que cliente de la cantine et en tant que personne qui fréquentait la zone « Fumeurs » située près de la caserne;
- elle connaissait son nom;
- en juin 2010, après avoir eu une conversation dans la zone « Fumeurs », elle l'a invité à sa chambre et ils ont eu une relation sexuelle;
- par la suite, leur relation est devenue [TRADUCTION] « un peu étrange »;
- elle lui a demandé s'il voulait sortir avec elle, mais il a répondu que non; elle a semblé déçue;
- le soir de la présumée agression, il se trouvait au mess avec des amis;
- ils sont arrivés au mess entre 22 h et 23 h; le caporal Rivas a bu de la bière et a dansé;

- he left with friends at closing time, 1:00 am, and walked back to his residence, which was a brisk 20-minute walk away;
- he denied being in the complainant's room that night and being threatened by her the next day—he said their conversation was amicable.
- avec ses amis, il a quitté le mess à l'heure de la fermeture, à 1 h, et est rentré chez lui à pied, un trajet de 20 minutes pour quelqu'un qui marche à bonne allure;
- il nie s'être trouvé ce soir-là dans la chambre de la plaignante, et avoir été menacé par elle le jour suivant; selon lui, ils avaient parlé amicalement.

[9] The Military Judge also summarized the evidence of the defence witnesses who were called to corroborate Corporal Rivas's alibi and his description of the conversation with the complainant on the day after the alleged assault. The Military Judge explained how to assess credibility, including the use of any prior inconsistent statements.

[9] Le juge militaire a également résumé le témoignage des témoins cités par la défense pour corroborer l'alibi du caporal Rivas et la description qu'il avait donnée de sa conversation avec la plaignante le lendemain de la présumée agression. Le juge militaire a expliqué comment apprécier la crédibilité, notamment lorsqu'il y avait des déclarations antérieures contradictoires.

[10] The Military Judge then set out the essential elements of the offence of sexual assault. He explained the respective theories of the prosecution and defence. The prosecution maintained that Corporal Rivas got drunk at the mess and then decided to visit the complainant in order to have sex with her. He got into bed with her, but she rebuffed him. He then lowered her pyjamas and licked her pubic area. He lowered his own pants and began masturbating. He fell and hit his head, and then the complainant awoke. The complainant did not consent to any touching. Therefore, according to the prosecution, the elements of the offence of sexual assault were made out.

[10] Le juge militaire a énoncé les éléments constitutifs de l'agression sexuelle. Il a expliqué les thèses respectives de la poursuite et de la défense. La poursuite soutenait que le caporal Rivas s'était enivré au mess et avait alors décidé d'aller rendre visite à la plaignante afin d'avoir une relation sexuelle avec elle. Il s'est glissé dans son lit, mais elle l'a repoussé. C'est alors qu'il aurait baissé le pyjama de la plaignante et léché sa région pubienne. Puis, il aurait baissé son propre pantalon et entrepris de se masturber. Il est tombé, s'est frappé la tête et la plaignante s'est réveillée. La plaignante n'avait consenti à aucun attouchement. Selon la poursuite, les éléments de l'infraction ont été établis.

[11] The judge then summarized the defence position. Corporal Rivas said he did not commit the offence and questioned whether any offence had actually occurred. The complainant was unsure about what had happened. Her testimony identifying Corporal Rivas was unreliable because she did not remember his name, and made mistakes about his rank and physical appearance. In any case, he was at the mess at the relevant time. Corporal Rivas suggested that the allegations against him were falsified because the complainant was upset at his reaction when she asked him if he wanted to date her. The defence suggested that this evidence should create a reasonable doubt in the panel's mind.

[11] Le juge a résumé alors la thèse de la défense. Le caporal Rivas affirmait ne pas avoir commis l'infraction et doutait même qu'elle ait eu lieu. La plaignante n'était pas vraiment sûre de ce qui s'était passé. Son témoignage identifiant le caporal Rivas n'était pas fiable étant donné qu'elle ne se souvenait pas de son nom et qu'elle s'était trompée au sujet de son rang et de son aspect physique. Quoi qu'il en soit, à l'heure en cause, le caporal Rivas se trouvait au mess. Selon lui, les allégations formulées contre lui auraient été inventées par la plaignante qui lui en voulait d'avoir réagi comme il l'a fait lorsqu'elle lui avait demandé s'il voulait sortir avec elle. Selon la défense, ce témoignage était de nature à inspirer aux membres du comité un doute raisonnable.

[12] The Military Judge then focused on the complainant's identification of Corporal Rivas. He stated that "[t]he case against Corporal Rivas depends entirely, or to a large extent, on the eyewitness testimony" of the complainant. He warned the panel to be very cautious about relying on that testimony, reminding them that miscarriages of justice had resulted from mistakes in identifying perpetrators of crimes. The judge noted that honest witnesses can make mistakes, even when their testimony seems convincing. He then instructed the panel to take account of several important factors:

The circumstances in which the witness made her observations — did the witness know the person before the time of the events? How long was the opportunity to observe her assailant? How good was the visibility and the lighting conditions? And was her attention distracted at the time of the observations? You will recall that [the complainant] testified that she knew the person who entered her room from seeing him on parade and at the canteen. She followed him out of the room the second time to the stairs. It was at night, and there was some light coming through the window from outside the room. There is evidence that the hallway was lit. Consider also the description given by the witness after the observations that the intruder was about five and a half feet tall and dark-skinned with a small belly. The evidence is that Corporal Rivas is 5 foot 9 inches tall.

[13] The Military Judge noted, however, that it was not necessary for the identification witness to be free of doubt about the correctness of her identification, so long as the prosecution proved the accused's guilt beyond a reasonable doubt.

[14] The Military Judge then concluded with a further reference to the alibi defence raised by Corporal Rivas. The judge pointed out to the panel that if they believed him, they must acquit. So, too, if that evidence raised a reasonable doubt. If they did not believe that evidence, or if it did not create a reasonable doubt, the panel should consider whether the rest of the evidence proved Corporal Rivas's guilt beyond a reasonable doubt.

[12] Le juge militaire s'est ensuite attardé sur l'identification du caporal Rivas par la plaignante. Il a dit que [TRADUCTION] « les accusations à l'encontre du caporal Rivas dépendent entièrement, ou dans une large mesure, de la preuve oculaire » de la plaignante. Il a conseillé au comité d'être très prudent quant à cette preuve, lui rappelant les erreurs judiciaires qu'avaient entraînées par le passé les erreurs commises lors de l'identification de l'auteur d'un crime. Le juge a mentionné qu'un témoin peut se tromper de bonne foi, même si son témoignage paraît convaincant. Il a demandé alors au comité de prendre en compte plusieurs facteurs importants :

[TRADUCTION] Les circonstances entourant ce que le témoin a pu observer : le témoin connaissait-il la personne avant les événements en cause? Combien de temps a-t-elle eu pour observer son agresseur? La visibilité et les conditions d'éclairage étaient-elles bonnes? Était-elle distraite au moment où elle observait ce qui se passait? N'oubliez pas que [la plaignante] affirme qu'elle connaissait celui qui est entré dans sa chambre, car elle l'avait vu lors de défilés et à la cantine. La deuxième fois, elle est sortie de la chambre derrière lui et l'a suivi jusqu'à l'escalier. Il faisait nuit, mais un peu de lumière extérieure entrait par la fenêtre. Il semble que le couloir ait été éclairé. Tenez compte également de la description que le témoin a donnée de l'intrus après l'avoir observé. Il mesurait, selon elle, environ 5 pieds et demi, avait le teint foncé et un peu de ventre. Selon la preuve produite, le caporal Rivas mesure 5 pieds 9 pouces.

[13] Le juge militaire a relevé, cependant, qu'il n'était pas nécessaire que le témoin entendu sur la question de l'identification n'éprouve aucun doute concernant la justesse de cette identification, pourvu que la poursuite parvienne à prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé.

[14] Le juge militaire a, pour terminer, invoqué à nouveau l'alibi du caporal Rivas. Le juge a précisé au comité que s'il croyait ce que disait le caporal, il fallait l'acquitter. Il en allait de même si le témoignage du caporal inspirait dans leur esprit un doute raisonnable. Si, cependant, ils ne croyaient pas son témoignage, ou si celui-ci ne soulevait pas de doute raisonnable dans leur esprit, le comité devait alors se demander si le reste de la preuve démontrait, hors de tout doute raisonnable, la culpabilité du caporal Rivas.

[15] The Military Judge then moved on to a discussion of the other charges.

### III. The judge's duties in respect of identification evidence

[16] A trial judge must warn the trier of fact about the need for special caution when relying on identification evidence. The judge should point out that miscarriages of justice have resulted from honest mistakes by witnesses, including witnesses who were convincing and certain about their testimony. These duties are clearly stated in both the Ontario Specimen Jury Charges and the Canadian Judicial Council's Model Jury Instructions, which advise judges to provide jurors with a detailed and careful review of the relevant testimony. In particular, that review should include a discussion of the evidence relating to:

- the circumstances in which the witness made his or her observations;
- the description given by the witness after he or she made the observations; and
- the circumstances of the witness's identification of the accused as the person whom he or she saw.

[17] In addition, in cases where the prosecution relies heavily on an identification of the accused by a single witness, trial judges must take special care to point out any weaknesses in that testimony (*R. v. Sophonow (No. 2)*, 25 C.C.C. (3d) 415, 1986 CanLII 104 (MB CA), at paragraphs 84 to 94). They should caution the jury about the particular frailties in the eyewitness evidence, not simply rely on "boiler-plate" instructions (*R. v. Baltovich*, 73 O.R. (3d) 481, 2004 CanLII 45031 (ON CA), at paragraphs 78 to 83). Judges should also warn the jury that witnesses can be mistaken even when they purport to recognize someone they know (*R. v. Turnbull*, [1976] 3 W.L.R. 445, [1976] 3 All E.R. 549 (UK CA), at page 552).

[15] Le juge militaire a ensuite procédé à l'examen des autres chefs d'accusation.

### III. Les devoirs du juge au sujet de l'identification

[16] Le juge du procès doit avertir le juge des faits qu'il lui faut être particulièrement prudent à l'égard de la preuve sur l'identification. Le juge devrait rappeler les erreurs judiciaires attribuables à des témoins qui se sont trompés de bonne foi, même lorsque leur témoignage paraissait convaincant et qu'ils étaient sûrs de ce qu'ils affirmaient. Ces devoirs sont clairement exposés à la fois dans les directives types au jury de l'Ontario ainsi que dans les modèles de directives au jury du Conseil canadien de la magistrature. Il est conseillé aux juges de présenter aux jurés un exposé exact et détaillé des éléments de preuve pertinents. Cet exposé devrait notamment comprendre une analyse des éléments de preuve concernant :

- les circonstances dans lesquelles le témoin a pu faire ses observations;
- la description donnée par le témoin de ce qu'il a observé;
- les circonstances dans lesquelles le témoin a identifié l'accusé comme étant effectivement la personne qu'il avait vue.

[17] De plus, lorsque la poursuite se fonde surtout sur l'identification de l'accusé par un seul témoin, le juge du procès doit tout particulièrement relever toute faiblesse dans le témoignage en question (*R. c. Sophonow (n° 2)*, 25 C.C.C. (3d) 415, 1986 CanLII 104 (MB CA), aux paragraphes 84 à 94). Il doit signaler au jury les faiblesses précises de la preuve oculaire et non pas se contenter de directives « passe-partout » (*R. c. Baltovich*, 73 O.R. (3d) 481, 2004 CanLII 45031 (ON CA), aux paragraphes 78 à 83). Le juge devrait également rappeler au jury qu'un témoin peut se tromper même lorsqu'il prétend avoir reconnu quelqu'un qu'il connaissait (*R. v. Turnbull*, [1976] 3 W.L.R. 445, [1976] 3 All E.R. 549 (UK CA), à la page 552).



IV. Were the Military Judge's instructions adequate?

[18] Corporal Rivas argues that the Military Judge's instructions were faulty because he failed to point out to the panel much of the key evidence relating to identification. This was an absolute requirement, he says, in a case where identity was the single most important issue before the panel.

[19] Corporal Rivas also maintains that the Military Judge erred by telling the jury that it was "not necessary that an identification witness be free from doubt about the correctness of his or her identification", so long as the panel was satisfied beyond a reasonable doubt, on the whole of the evidence, that Corporal Rivas was the person who committed the offence. He argues that this statement should not be given in a case, such as this one, where the whole of the prosecution evidence rested on the testimony of the complainant. The prosecution could only meet its burden of proof if the panel was satisfied beyond a reasonable doubt that the complainant had correctly identified Corporal Rivas as the perpetrator of the offence.

[20] The prosecution submits that Corporal Rivas's submissions on this issue amount to a microscopic analysis of the Military Judge's instructions to the jury. The proper approach is to review the instructions as a whole to determine whether they were proper and fair. A good deal of the evidence that Corporal Rivas says was omitted from the Military Judge's discussion of identity was actually mentioned in other areas of the instructions to the panel. Therefore, as a whole, according to the prosecution, the instructions were sufficient.

[21] Further, the prosecution contends that the Military Judge's instructions on the identification evidence were consistent with those set out in *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (Toronto: Thomson/Carswell, 2005) and reflect the current state of the law.

[22] In my view, the Military Judge's instructions to the jury on identification were incomplete in two respects.

IV. Les directives du juge militaire étaient-elles suffisantes?

[18] Le caporal Rivas soutient que les directives du juge militaire étaient insuffisantes, faisant valoir que le juge n'avait pas porté à l'attention du comité une grande partie des témoignages importants concernant l'identification. Selon lui, c'était une obligation absolue, étant donné que l'identité de l'agresseur était pour le comité la question essentielle.

[19] Le caporal Rivas soutient par ailleurs que c'est à tort que le juge militaire a dit au comité qu'il [TRADUCTION] « n'était pas nécessaire que le témoin entendu sur la question de l'identification n'ait aucun doute concernant la justesse de cette identification » si le comité est convaincu, eu égard à la preuve prise dans son ensemble et hors de tout doute raisonnable, que le caporal Rivas était effectivement l'auteur de l'infraction. Selon lui, on ne doit pas donner cette directive dans une affaire telle que celle-ci, où la preuve produite par la poursuite repose entièrement sur le témoignage de la plaignante. La poursuite ne pouvait s'acquitter du fardeau de la preuve lui incombant que si le comité était convaincu, hors de tout doute raisonnable, que la plaignante avait identifié correctement le caporal Rivas comme auteur de l'infraction.

[20] La poursuite affirme que les arguments avancés sur ce point par le caporal Rivas constituent une analyse microscopique des directives du juge militaire au comité. Il convient plutôt d'examiner les directives dans leur ensemble afin de décider si elles étaient appropriées et justes. Une grande partie des témoignages dont le juge militaire n'a pas, selon le caporal Rivas, fait état dans son exposé sur la question de l'identité sont en fait mentionnés dans d'autres parties des directives au comité. Selon la poursuite, ces directives étaient dans leur ensemble suffisantes.

[21] Ajoutons que, selon la poursuite, les directives du juge militaire concernant la preuve d'identification sont conformes à ce que prévoit l'ouvrage *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (Toronto, Thomson/Carswell, 2005), et correspondent à l'état actuel du droit.

[22] Je considère que les directives que le juge militaire a données au comité sur la question de l'identification

First, the instructions omitted a significant amount of the evidence relevant to identity. While the Military Judge alluded to some of that evidence elsewhere in his instructions (*e.g.*, when he summarized the defence “theory”), it was important to draw the panel’s attention to it specifically in relation to the issue of identity. Second, the Military Judge did not include a specific instruction on the application of the principles established in *W. (D.)*, above, to the issue of identification. While the Military Judge gave a general *W. (D.)* instruction, and provided another on the issue of alibi, this was a case where a specific *W. (D.)* instruction should have been repeated on the issue of identity. This was a vital issue in the case that merited particular care in explaining to the panel how to go about deciding whether the prosecution had proved its case beyond a reasonable doubt.

[23] There was extensive evidence in this case relating to the complainant’s identification of Corporal Rivas. The relevant evidence on this point included the following:

- the complainant had a headache and took some pain medication before she went to bed—extra strength Advil at around 6:30 pm and then some extra strength Tylenol at 10:00 pm. She also consumed some herbal tea to relax. She felt tired and fell into a deep sleep. She recalled having a nightmare and told investigators that she was not sure if a man had been lying on top of her or if that was a dream. She was sure about the first part of the incident (when a man laid down on her bed and put his arm across her) and about the last part (when she saw a person trying to take his pants off and masturbating), but she was not sure whether, in the interim, a man had been lying on top of her. She did not see anyone touching her vaginal area. She was asleep.
- it was dark in her room, but there was some light coming into the room from an exterior lamp post and

étaient incomplètes à deux égards. D’abord, ces directives font abstraction d’une partie considérable des témoignages touchant la question de l’identité. Le juge militaire a, dans d’autres parties de ses directives (p. ex. lorsqu’il a résumé la « thèse » avancée par la défense), fait allusion à certains de ces témoignages, mais il était important qu’il attire l’attention du comité sur la question précise de l’identité. Deuxièmement, le juge militaire n’a fourni aucune directive précise quant à l’application, à la question de l’identification, des principes établis dans l’arrêt *W. (D.)*, précité. Le juge militaire a bien donné au comité une instruction générale fondée sur l’arrêt *W. (D.)*, et une autre sur la question de l’alibi, mais en l’occurrence, une directive précise fondée sur l’arrêt *W. (D.)* aurait dû être répétée pour ce qui est de la question de l’identité. Il s’agissait d’une question cruciale qui commandait des explications minutieuses afin que le comité puisse être en mesure de décider si la poursuite avait établi sa thèse hors de tout doute raisonnable.

[23] Il y avait une preuve abondante concernant l’identification du caporal Rivas par la plaignante. Parmi les témoignages pertinents à cet égard, mentionnons ce qui suit :

- La plaignante, qui avait un mal de tête, avait pris des analgésiques avant de se coucher — vers 18 h 30, un comprimé d’Advil extra-fort, puis vers 22 h, un comprimé de Tylenol extra-fort. Elle avait également bu une tisane pour l’aider à se détendre. Fatiguée, elle est tombée dans un sommeil profond. Elle se souvient d’avoir eu un cauchemar, et a dit aux enquêteurs qu’elle n’était pas très sûre si un homme avait effectivement été couché sur elle ou si elle l’avait rêvé. Elle était certaine de la première partie de l’incident (c.-à-d. qu’un homme s’est allongé sur son lit et a étendu son bras sur elle) et aussi de la dernière partie (alors qu’elle a vu quelqu’un qui essayait de retirer son pantalon et se masturbait), mais elle n’était pas sûre de la période intermédiaire, c’est-à-dire de la période où un homme aurait été allongé sur elle. Elle n’a vu personne toucher sa région vaginale. Elle dormait.
- Il faisait noir dans sa chambre, mais un peu de lumière parvenait d’un lampadaire situé à l’extérieur,

from under the door. There was enough light to see an outline of everything in the room.

- the complainant said that she had a fast look at the intruder and was in shock at the time.
- the complainant said that the intruder was masturbating at the edge of her bed. He was an arm's length away.
- the complainant told investigators that the intruder was a Private. Obviously, Corporal Rivas is a Corporal.
- the complainant testified that the intruder exuded an extreme smell of vodka; Corporal Rivas testified that he only drinks beer, not hard liquor. On the night in question, he drank two "tall boys," the equivalent of four beers. A witness said that he saw Corporal Rivas drinking beer at the H Club that night.
- in her written statement, the complainant described the intruder as being 5'6" or 5'7" with dark skin (but not too dark), and with a small belly, like baby fat. Corporal Rivas testified that he is 5'9" and 185 pounds.
- the barracks were not locked. Anyone could have entered at any time.
- the complainant described her intruder to a Private Walsh, but told her she did not know his name; Private Walsh testified that the complainant told her that the intruder was a young black male who worked in the canteen.
- the complainant also gave a brief description of the intruder to a Master Corporal Meade, saying only that he had dark skin; Master Corporal Meade recalled that the complainant told him that she could not make out who the intruder was, but also said it was someone who worked at the canteen.
- the complainant testified that she knew Corporal Rivas only by his face, not his name. She did not

de même que du dessous de la porte. La lumière permettait de discerner ce qui se trouvait dans la pièce.

- La plaignante affirme qu'elle a jeté sur l'intrus un coup d'œil rapide et qu'à ce moment, elle était sous le choc.
- La plaignante affirme que l'intrus se masturbait au bord de son lit. Il se trouvait à la distance d'un bras d'elle.
- La plaignante a dit aux enquêteurs que l'intrus était un soldat. Le caporal Rivas est, bien sûr, caporal.
- La plaignante a témoigné que l'intrus dégageait une forte odeur de vodka; le caporal Rivas a témoigné qu'il ne boit que de la bière, pas d'alcool fort. Le soir en question, il avait consommé deux cannettes de bière « grand format », soit l'équivalent de quatre bières ordinaires. Un témoin affirme avoir vu ce soir-là le caporal Rivas boire de la bière au H Club.
- Dans sa déclaration écrite, la plaignante décrit l'intrus comme mesurant 5 pieds 6 pouces ou 5 pieds 7 pouces, avec un teint foncé (mais pas très) et un peu de ventre, ressemblant à de la graisse de bébé. Le caporal Rivas a déclaré qu'il mesure 5 pieds 9 pouces et pèse 185 livres.
- La caserne n'était pas fermée à clé. N'importe qui pouvait y entrer à toute heure.
- La plaignante a décrit son agresseur à une certaine soldate Walsh, mais lui a dit qu'elle ne connaissait pas son nom; selon la soldate Walsh, la plaignante lui a dit que l'intrus était un jeune Noir qui travaillait à la cantine.
- La plaignante a également décrit brièvement l'intrus à un certain caporal-chef Meade, lui disant simplement que l'intrus avait la peau foncée; le caporal-chef Meade se souvenait que la plaignante lui avait affirmé ne pas avoir reconnu l'intrus, mais qu'il s'agissait de quelqu'un qui travaillait à la cantine.
- La plaignante a témoigné qu'elle ne connaissait le caporal Rivas que de vue, et qu'elle ne connaissait

know his first name, his last name or his rank. She might have known his name at one point, but then forgot it.

- she testified that she recognized Corporal Rivas's voice when the intruder spoke to her.
- the complainant testified that she did not see Corporal Rivas on a regular basis. They were rarely near one another. She only saw him sporadically. They had only spoken once or twice.
- when she did see him, Corporal Rivas was in uniform, with his name and rank visible. She would have seen him frequently in the canteen. She also saw him marching and in the smoking area.
- the complainant conceded that she had had a sexual encounter, a one-night stand, with Corporal Rivas a couple of weeks before the alleged incident.
- Corporal Rivas testified that he had spoken with the complainant almost every day during June and July 2010. He described a number of their conversations. He said that the complainant usually called him by his last name, but sometimes by his first; a defence witness, Private MacIsaac, testified that he had witnessed the complainant and Corporal Rivas having conversations during which he had heard the complainant address Corporal Rivas mostly by his last name, but sometimes by his first name.
- the complainant testified that she was 100% sure that the intruder was Corporal Rivas. Corporal Rivas testified that he was with friends at the H Club at the time of the incident.

pas son nom. Elle ne connaissait ni son prénom, ni son nom de famille, ni son grade. Il est possible qu'elle ait déjà connu son nom, mais qu'elle l'ait oublié.

- La plaignante a affirmé avoir reconnu la voix du caporal Rivas lorsque l'intrus lui a parlé.
- Selon la plaignante, elle n'avait pas régulièrement l'occasion de voir le caporal Rivas. Il était rare qu'ils se trouvent l'un près de l'autre. Elle ne le voyait qu'occasionnellement et ne lui avait parlé qu'une fois ou deux.
- Lorsqu'elle voyait le caporal Rivas, celui-ci se trouvait en uniforme, son nom et son grade étant donc visibles. Elle aurait eu souvent l'occasion de le voir à la cantine. Elle l'avait également vu lors de déplacements en formation ainsi que dans la zone « Fumeurs ».
- La plaignante reconnaît avoir eu avec le caporal Rivas, quelques semaines avant l'incident en question, une aventure d'un soir.
- Le caporal Rivas a affirmé qu'en juin et juillet 2010, il avait parlé à la plaignante presque tous les jours. Il a décrit plusieurs de leurs conversations. Selon lui, la plaignante l'appelait généralement par son nom de famille, mais parfois par son prénom. Un témoin de la défense, le soldat MacIsaac, a témoigné qu'il avait vu la plaignante et le caporal Rivas parler ensemble et avait constaté que la plaignante appelait la plupart du temps le caporal Rivas par son nom de famille, et parfois par son prénom.
- La plaignante a affirmé être sûre et certaine que l'intrus était effectivement le caporal Rivas. Le caporal Rivas a, pour sa part, témoigné qu'à l'heure de l'incident en question, il se trouvait au H Club avec des amis.

[24] As described above, in his instructions relating to the evidence of the complainant, the Military Judge told the panel to be very cautious about relying on eyewitness testimony. In terms of the evidence relating to that

[24] Ainsi que nous l'avons vu plus haut, dans ses directives concernant le témoignage de la plaignante, le juge militaire a dit au comité d'accepter avec prudence une preuve oculaire. Il n'a mentionné qu'une faible partie

issue, the Military Judge pointed only to a small portion of the relevant evidence. He noted that the complainant testified that she knew the intruder from seeing him on the base. She followed the intruder out of the room to the stairs. While it was night-time, there was some light coming through her bedroom window. Also, the hallway was lit. The Military Judge noted that the complainant had previously described the intruder as having dark skin and a small belly, and being about 5'6" in height. The evidence showed that Corporal Rivas is 5'9".

[25] In my view, there was substantially more evidence that was relevant to the issue of identification than was mentioned by the Military Judge. Some of that evidence exposed weaknesses in the complainant's testimony about the identity of her intruder. While the judge gave a general warning about the inherent frailties of eyewitness identification, it would have been preferable if he had drawn the panel's attention to some of the particular weaknesses disclosed in the complainant's evidence. However, it is unnecessary to decide whether this alone would justify allowing Corporal Rivas's appeal; there is another problem with the Military Judge's instructions.

[26] As mentioned, the prosecution points out that the Military Judge's instructions on identity were consistent with *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. However, Justice Watt has made clear that supplementary instructions are required in cases where the jury must make credibility determinations on a vital issue. In those cases, the trial judge must provide the jury with a particularized *W. (D.)* instruction on that issue (*R. v. F.E.E.*, 2011 ONCA 783, at paragraph 104 (*F.E.E.*)):

The principles that underlie *W.(D.)* are not restricted to cases where an accused testifies and where his or her evidence conflicts with evidence of witnesses for the prosecution. Where, on a vital issue, credibility findings must be made between conflicting evidence called by the defence or emerging from evidence favourable to the defence adduced as part of the Prosecution's case, the trial judge must relate the principle of reasonable doubt to those credibility findings: *R. v. D.(B.)*, 2011 ONCA 51 (CanLII), 2011 ONCA 51, 266 C.C.C. (3d) 197, at para. 114. What the jury must understand is that to find an accused not

des témoignages pertinents. Il a souligné que, selon la plaignante, elle connaissait l'intrus, car elle l'avait vu à la base. Lorsque l'intrus est sorti de la chambre, elle l'a suivi jusqu'à l'escalier. Il faisait nuit, mais un peu de lumière entrant par la fenêtre de la chambre. Le couloir était éclairé. Le juge militaire a souligné que, selon les déclarations de la plaignante, l'intrus avait le teint foncé et un peu de ventre, et qu'il mesurait environ 5 pieds 6 pouces. La preuve a démontré que le caporal Rivas mesure 5 pieds 9 pouces.

[25] J'estime que les éléments de preuve sur la question de l'identification étaient considérablement plus nombreux que ceux que le juge militaire a mentionnés. Certains de ces éléments faisaient ressortir les faiblesses du témoignage de la plaignante concernant l'identité de l'intrus. Le juge a donné un avertissement général quant aux faiblesses inhérentes à l'identification par un témoin oculaire, mais il aurait été préférable qu'il attire l'attention du comité sur certaines des faiblesses précises dans le témoignage de la plaignante. Cela dit, il n'est pas nécessaire de décider si, à lui seul, ce fait justifie qu'il soit fait droit à l'appel du caporal Rivas. Les directives du juge militaire posent un problème supplémentaire.

[26] Ainsi qu'on l'a vu, la poursuite fait valoir que les directives du juge militaire concernant la question de l'identité sont conformes à ce que l'on trouve dans l'ouvrage *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. Le juge Watt a cependant précisé que, dans les affaires où le jury est appelé à se prononcer sur la crédibilité de ce qu'un témoin a dit au sujet d'une question cruciale, il convient de fournir des directives supplémentaires. Dans un tel cas, le juge du procès doit donner des directives détaillées selon l'arrêt *W. (D.)* (*R. v. F.E.E.*, 2011 ONCA 783, au paragraphe 104 (*F.E.E.*)) :

[TRADUCTION] Les principes à la base de l'arrêt *W.(D.)* ne s'appliquent pas aux seuls cas où l'accusé témoigne et où son témoignage ne concorde pas avec ce qu'affirment les témoins de la poursuite. Lorsque, sur une question cruciale, il s'agit d'apprécier la crédibilité de déclarations contradictoires de témoins cités par la défense, ou de déclarations favorables à la défense faites par des témoins cités par la poursuite, le juge du procès doit expliquer le principe du doute raisonnable quant aux conclusions concernant la crédibilité : *R. c. D.(B.)*, 2011 ONCA 51, 266 C.C.C. (3d) 197, au par. 114. Ce qu'il faut que les jurés

guilty, they need not believe the defence evidence on the vital issue; rather, it is enough that the conflicting evidence leaves them with a reasonable doubt about the accused's guilt in light of all the evidence: *D.(B.)*, at para. 114.

[27] In *F.E.E.*, the trial judge had given two *W. (D.)* instructions. In the circumstances, Justice Watt concluded that the charge was adequate. However, in doing so, he felt it was particularly significant that the trial judge had specifically instructed the jury to consider the “evidence favourable to the defence”, not just evidence emanating from the accused. The trial judge's formulation of the charge, therefore, had the effect of embracing “all of the evidence supportive of the defence position, including the appellant's alibi, the testimony of other family members and the evidence of good character”.

[28] In *R. v. D. (B.)*, 2011 ONCA 51 the case cited by Justice Watt in the above passage, Justice Blair stated (at paragraph. 114; citation omitted):

Where, on a vital issue, there are credibility findings to be made between conflicting evidence called by the defence or arising out of evidence favourable to the defence in the Crown's case, the trial judge must relate the concept of reasonable doubt to those credibility findings. The trial judge must do so in a way that makes it clear to the jurors that it is not necessary for them to believe the defence evidence on that vital issue; rather, it is sufficient if — viewed in the context of all of the evidence — the conflicting evidence leaves them in a state of reasonable doubt as to the accused's guilt. In that case, they must acquit.

[29] Here, the Military Judge did not provide a specific instruction on the concept of reasonable doubt as it related to the vital issue of identity. Nor did he instruct the panel to consider the evidence favouring the accused which would have alerted the panel to weigh all of the evidence put forward by the defence, as well as the evidence emanating from the prosecution's case, including some of the complainant's own testimony, that the panel

comprennent, c'est que pour conclure qu'un accusé n'est pas coupable, il ne leur est pas nécessaire d'admettre, sur la question cruciale, la preuve présentée par la défense; il suffit que, compte tenu de la preuve prise dans son ensemble, les témoignages contradictoires leur inspirent un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé : *D.(B.)*, au par. 114.

[27] Dans l'affaire *F.E.E.*, le juge du procès avait donné deux directives fondées sur l'arrêt *W. (D.)*. Le juge Watt a conclu que l'exposé au jury avait été suffisant. Cependant, il a trouvé particulièrement important que le juge du procès ait demandé expressément au jury de prendre en compte [TRADUCTION] « la preuve favorable à la défense », pas seulement celle produite par l'accusé. La manière dont le juge du procès s'est exprimé lors de son exposé au jury avait ainsi pour effet d'englober [TRADUCTION] « l'ensemble de la preuve favorable à la thèse de la défense, y compris l'alibi de l'appelant, le témoignage de membres de sa famille et les preuves de bonne réputation ».

[28] Dans l'arrêt *R. v. D. (B.)*, 2011 ONCA 51, auquel le juge Watt renvoie dans le passage qui précède, le juge Blair s'est prononcé en ces termes (au paragraphe 114, citation omise) :

[TRADUCTION] Lorsque, sur une question cruciale, il s'agit d'apprécier la crédibilité de déclarations contradictoires de témoins cités par la défense, ou de déclarations favorables à la défense faites par des témoins cités par la poursuite, le juge du procès doit expliquer le principe du doute raisonnable quant aux conclusions sur la crédibilité, et il doit s'exprimer de manière à faire comprendre aux jurés qu'il n'est pas nécessaire que, sur cette question cruciale, ils accordent foi à la preuve présentée par la défense; il suffit que, compte tenu de la preuve prise dans son ensemble, les témoignages contradictoires leur inspirent un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. En pareil cas, ils doivent prononcer l'acquiescement.

[29] En l'occurrence, le juge militaire n'a pas donné de directive précise concernant le principe du doute raisonnable quant à la question cruciale de l'identité. Il n'a pas non plus demandé au comité de prendre en compte la preuve favorable à l'accusé, ce qui aurait fait comprendre au comité qu'il lui fallait apprécier l'ensemble de la preuve produite par la défense, ainsi que la preuve provenant de la poursuite, y compris certaines parties du

might have regarded as favourable to the defence and capable of raising a reasonable doubt. The jury was entitled to disbelieve Corporal Rivas's testimony about his alibi, for example, and still have a reasonable doubt about whether he was guilty of the offences charged.

[30] Finally, the Military Judge did not direct the panel's attention to significant parts of the evidence that were relevant to the most important issue in the case—the identity of the perpetrator. In these circumstances, I must conclude that the Military Judge's instructions to the panel were inadequate.

[31] Given this conclusion, it is not necessary for me to consider the fitness of the sentence imposed. However, these reasons should not be understood as endorsing the sentence imposed by the military judge.

#### V. Conclusion and disposition

[32] Based on the insufficiency of the Military Judge's instructions to the jury on the issue of identity, I would allow the appeal and order a new trial on all charges.

DAWSON J.A.: I concur.

MACKENZIE J.A.: I concur.

#### Annex "A"

#### *National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5*

##### Cruel or disgraceful conduct

**93.** Every person who behaves in a cruel or disgraceful manner is guilty of an offence and on conviction is liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to less punishment.

##### Drunkenness

**97.** (1) Drunkenness is an offence and every person convicted thereof is liable to imprisonment for less than

témoignage de la plaignante qui, aux yeux du comité, pouvaient paraître favorables à la défense et être susceptibles d'inspirer un doute raisonnable. Le comité pouvait ne pas croire, par exemple, le témoignage du caporal Rivas au sujet de son alibi, mais entretenir néanmoins un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

[30] Enfin, le juge militaire n'a pas attiré l'attention du comité sur des éléments de preuve importants pour ce qui est de la question cruciale, l'identité de l'auteur des infractions en cause. Cela étant, il me faut conclure à l'insuffisance des directives que le juge militaire a données au comité.

[31] Puisque je suis parvenu à cette conclusion, il n'y a pas lieu pour moi de me prononcer sur la justesse de la peine imposée. Les présents motifs ne doivent cependant pas être pris comme avalisant la peine prononcée par le juge militaire.

#### V. Conclusion et dispositif

[32] En raison de l'insuffisance des directives que le juge militaire a données au comité sur la question de l'identité, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner, sur l'ensemble des chefs d'accusation, la tenue d'un nouveau procès.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE MACKENZIE, J.C.A. : Je suis d'accord.

#### Annexe « A »

#### *Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5*

##### Cruauté ou conduite déshonorante

**93.** Tout comportement cruel ou déshonorant constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, d'un emprisonnement de cinq ans.

##### Ivresse

**97.** (1) Quiconque se trouve en état d'ivresse commet une infraction et, sur déclaration de culpabilité, encourt

two years or to less punishment, except that, where the offence is committed by a non-commissioned member who is not on active service or on duty or who has not been warned for duty, no punishment of imprisonment, and no punishment of detention for a term in excess of ninety days, shall be imposed.

(2) For the purposes of subsection (1), the offence of drunkenness is committed where a person, owing to the influence of alcohol or a drug,

(a) is unfit to be entrusted with any duty that the person is or may be required to perform; or

(b) behaves in a disorderly manner or in a manner likely to bring discredit on Her Majesty's service.

#### Service trial of civil offences

**130.** (1) An act or omission

(a) that takes place in Canada and is punishable under Part VII, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament, or

(b) that takes place outside Canada and would, if it had taken place in Canada, be punishable under Part VII, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament,

is an offence under this Division and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsection (2).

(2) Subject to subsection (3), where a service tribunal convicts a person under subsection (1), the service tribunal shall,

(a) if the conviction was in respect of an offence

(i) committed in Canada under Part VII, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament and for which a minimum punishment is prescribed, or

comme peine maximale un emprisonnement de moins de deux ans, sauf s'il s'agit d'un militaire du rang qui n'est pas en service actif ou de service — ou appelé à prendre son tour de service — auquel cas la peine maximale est un emprisonnement de quatre-vingt-dix jours.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), il y a infraction d'ivresse chaque fois qu'un individu, parce qu'il est sous l'influence de l'alcool ou d'une drogue :

a) soit n'est pas en état d'accomplir la tâche qui lui incombe ou peut lui être confiée;

b) soit a une conduite répréhensible ou susceptible de jeter le discrédit sur le service de Sa Majesté.

#### Procès militaire pour infractions civiles

**130.** (1) Constitue une infraction à la présente section tout acte ou omission :

a) survenu au Canada et punissable sous le régime de la partie VII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale;

b) survenu à l'étranger mais qui serait punissable, au Canada, sous le régime de la partie VII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale.

Quiconque en est déclaré coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2).

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la peine infligée à quiconque est déclaré coupable aux termes du paragraphe (1) est :

a) la peine minimale prescrite par la disposition législative correspondante, dans le cas d'une infraction :

(i) commise au Canada en violation de la partie VII de la présente loi, du Code criminel ou de toute autre loi fédérale et pour laquelle une peine minimale est prescrite,



(ii) committed outside Canada under section 235 of the *Criminal Code*,

(ii) commise à l'étranger et prévue à l'article 235 du *Code criminel*;

impose a punishment in accordance with the enactment prescribing the minimum punishment for the offence; or

(b) in any other case,

b) dans tout autre cas :

(i) impose the punishment prescribed for the offence by Part VII, the *Criminal Code* or that other Act, or

(i) soit la peine prévue pour l'infraction par la partie VII de la présente loi, le *Code criminel* ou toute autre loi pertinente,

(ii) impose dismissal with disgrace from Her Majesty's service or less punishment.

(ii) soit, comme peine maximale, la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté.

(3) All provisions of the Code of Service Discipline in respect of a punishment of imprisonment for life, for two years or more or for less than two years, and a fine, apply in respect of punishments imposed under paragraph (2)(a) or subparagraph (2)(b)(i).

(3) Toutes les dispositions du code de discipline militaire visant l'emprisonnement à perpétuité, l'emprisonnement de deux ans ou plus, l'emprisonnement de moins de deux ans et l'amende s'appliquent à l'égard des peines infligées aux termes de l'alinéa (2)a) ou du sous-alinéa (2)b)(i).

(4) Nothing in this section is in derogation of the authority conferred by other sections of the Code of Service Discipline to charge, deal with and try a person alleged to have committed any offence set out in sections 73 to 129 and to impose the punishment for that offence described in the section prescribing that offence.

(4) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte aux pouvoirs conférés par d'autres articles du code de discipline militaire en matière de poursuite et de jugement des infractions prévues aux articles 73 à 129.

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

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

##### Sexual assault

##### Agression sexuelle

**271.** (1) Every one who commits a sexual assault is guilty of

**271.** (1) Quiconque commet une agression sexuelle est coupable :

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

(b) an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois.