

R. v. Cawthorne, 2015 CMAC 1

CMAC 575

Ordinary Seaman Cawthorne

Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

Heard: Vancouver, British Columbia, February 20, 2015.

Judgement: Ottawa, Ontario, May 5, 2015.

Present: Zinn, Abra and Veit J.J.A.

Appeal from conviction by General Court Martial on June 5, 2014, at Canadian Forces Base Esquimalt, British Columbia.

The Rule in Browne v. Dunn — Accused not given opportunity to address inculpatory evidence — Accused was given ample opportunity to address issues.

Search and Seizure — Unconstitutional search of accused's cell phone — no bad faith in search of cell phone — would not bring administration of justice into disrepute to admit evidence.

Inadmissible evidence — Witness gave inadmissible inculpatory testimony — Panel instructed to ignore the inadmissible statement — No overwhelming evidence of guilt without the inadmissible statement — Panel's verdict would not have been the same without the inadmissible evidence.

The appellant faced two charges related to child pornography found on his iPhone while on exercise aboard the HMCS Algonquin. He admitted to downloading the images, but claimed he did not know they included images of minors. The appellant raised three grounds of appeal: (1) the rule in *Brown v. Dunn* relating to failure to cross-examine on the matter of deleting images on the phone; (2) the Military Judge allowed images from an unconstitutional search of the iPhone in question; and (3) the refusal of the Military Judge to declare a mistrial when the appellant's former girlfriend answered a question before a sustained objection by defence counsel.

R. c. Cawthorne, 2015 CACM 1

CMAC 575

Matelot de 3^e classe Cawthorne

Appelant,

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

Audience : Vancouver (Colombie-Britannique), le 20 février 2015.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 5 mai 2015.

Devant : Les juges Zinn, Abra et Veit, J.C.A.

Appel de la déclaration de culpabilité prononcée par la cour martiale générale à la Base des Forces canadiennes Esquimalt (Colombie-Britannique), le 5 juin 2014.

Règle énoncée dans l'arrêt Browne v. Dunn — L'accusé n'a pas eu la possibilité de répondre à une preuve inculpatrice — L'accusé a eu de nombreuses occasions d'aborder les questions en litige.

Fouilles, perquisition et saisie — Perquisition inconstitutionnelle du téléphone cellulaire de l'accusé — La perquisition du téléphone cellulaire n'a pas été faite de mauvaise foi — L'admission des éléments en preuve ne jetterait pas le discrédit sur l'administration de la justice.

Preuve inadmissible — Un témoin a présenté un témoignage inculpatrice inadmissible — On demande au tribunal de ne pas tenir compte de la déclaration inadmissible — Absence de preuve accablante de culpabilité en l'absence du témoignage inadmissible — Le verdict du tribunal aurait été différent sans la preuve inadmissible.

L'appelant faisait face à deux chefs d'accusation liés à de la pornographie juvénile trouvée sur son iPhone, alors qu'il était à bord du NCSN *Algonquin* durant un exercice. L'appelant a reconnu avoir téléchargé les images, mais il soutient qu'il ne savait pas qu'elles incluaient des images de mineurs. L'appelant a invoqué trois motifs d'appel : 1) la règle établie dans *Browne v. Dunn* relativement au défaut de mener un contre-interrogatoire sur la question de la suppression des images du téléphone; 2) l'admission par le juge militaire d'images obtenues lors d'une perquisition inconstitutionnelle du iPhone en cause et 3) le refus du juge militaire de déclarer le procès nul après que l'ex-petite amie de l'appelant eut répondu à une question avant que l'objection soulevée par l'avocat de la défense ait été admise.

Held: Appeal allowed, new trial ordered.

Per Zinn J.A. (Abra J.A. concurring): There was no breach of the rule in *Browne v. Dunn*, as the appellant had ample opportunity to address the issues raised by the Crown and chose not to do so. The Military Judge properly instructed the panel that the inference of the Crown need not be accepted. No unfairness resulted from this ground. While the Military Judge did find the images in question were discovered in the result of an unlawful search, he exercised his discretion to admit them into evidence, and it was open to him to do so. As the search was conducted in good faith, with no evidence of abuse, and no one whom ought to have known the law was involved, it was reasonable to find the administration of justice would not be brought into disrepute by the admission of the evidence. Although the panel was instructed to ignore the inadmissible question and answer by the appellant's former girlfriend, as there was no overwhelming evidence of guilt in the admissible evidence, the panel's verdict the Panel's verdict would not have been the same absent the inadmissible statement.

Per Veit J.A. (dissenting): The overwhelming evidence against the accused brings the admission of the evidence in question squarely within the curative provision of section 686 of the *Criminal Code*. Further, the panel was not a typical jury, but was composed of members of a uniformly high degree of achievement and accustomed to obeying orders. The Military Judge was in a privileged position to assess the impact of the mishap, and his decision is owed deference.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1).
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 130.

CASES CITED

Browne v. Dunn (1893), 6 R. 67 (UK HL); *R. v. Bhardwaj*, 2008 ABQB 504, 456 A.R. 313; *R. v. Candir*, 2009 ONCA 915, 250 C.C.C. (3d) 139, 257 O.A.C. 119; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215; *R. v. Drydgen*, 2013 BCCA 253, 338 B.C.A.C. 299; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Gordon-Brietzke*, 2012 ABPC 221, 547 A.R. 260; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Parkes*, 64 W.C.B. (2d) 246, 2005 CanLII 5876 (ON SC); *R. v. Sadikov*, 2014 ONCA 72, 305 C.C.C. (3d)

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

Motifs rendus par le juge Zinn (le juge Abra y ayant souscrit) : Il n'y a eu aucun manquement à la règle établie dans l'arrêt *Browne v. Dunn*, car l'appelant a eu maintes occasions de répondre aux questions soulevées par la Couronne mais il a choisi de ne pas le faire. Le juge militaire a donné des directives appropriées au tribunal, en lui indiquant qu'il n'avait pas à accepter l'inférence de la Couronne. Ce motif invoqué n'a donné lieu à aucune iniquité. Bien que le juge militaire ait conclu que les images en question ont été découvertes à la suite d'une perquisition illégale, il a exercé son pouvoir discrétionnaire lui permettant d'admettre ces éléments en preuve, et il lui était loisible de le faire. Comme la perquisition a été menée de bonne foi, que rien ne laisse croire à un recours abusif et que personne devant avoir une connaissance du droit n'y a participé, il était raisonnable de conclure que l'admission des éléments en preuve ne jetterait pas le discrédit sur l'administration de la justice. Bien que le tribunal ait été informé de ne pas tenir compte de la question inadmissible et de la réponse donnée par l'ex-petite amie de l'appelant, comme les éléments de preuve admissibles ne contenaient aucune preuve accablante de culpabilité, le verdict du tribunal n'aurait pas été le même sans le témoignage inadmissible.

Motifs rendus par la juge Veit (motifs dissidents) : Compte tenu de la preuve accablante contre l'accusé, l'admission des éléments de preuve en cause est résolument assujettie à la disposition réparatrice prévue à l'article 686 du *Code criminel*. De plus, il ne s'agissait pas d'un tribunal typique, car ses membres étaient tous des officiers qui avaient eu beaucoup de succès au sein des Forces et qui étaient habitués à obéir aux ordres. Le juge militaire était dans une position privilégiée pour évaluer les effets de la mésaventure, et sa décision appelle la déférence.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 130.

JURISPRUDENCE CITÉE

Browne v. Dunn (1893), 6 R. 67 (UK HL); *R. v. Bhardwaj*, 2008 ABQB 504, 456 A.R. 313; *R. v. Candir*, 2009 ONCA 915, 250 C.C.C. (3^d) 139, 257 O.A.C. 119; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215; *R. v. Drydgen*, 2013 BCCA 253, 338 B.C.A.C. 299; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. v. Gordon-Brietzke*, 2012 ABPC 221, 547 A.R. 260; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. v. Parkes*, 64 W.C.B. (2^d) 246, 2005 CanLII 5876 (ON SC); *R. v. Sadikov*, 2014 ONCA 72, 305 C.C.C. (3^d)

421; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 272; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657.

421; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 272; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657.

AUTHORS CITED

Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.

Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos. *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5th ed., loose leaf, revision 2013-4. Toronto: Canada Law Book, 2013.

DOCTRINE CITÉE

Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman et Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3^e éd. Markham (Ont.) : LexisNexis, 2009.

Hill, S. Casey, David M. Tanovich et Louis P. Strezos. *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5^e éd, feuilles mobiles, révision 2013-4. Toronto, Canada Law Book, 2013.

COUNSEL

Lieutenant-Colonel Denis Berntsen, for the appellant.
Major Anne Litowski, Major Dylan Kerr, for the respondent.

AVOCATS

Lieutenant-colonel Denis Berntsen, pour l'appellant.
Major Anne Litowski, Major Dylan Kerr, 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] ZINN J.A.: Ordinary Seaman Cawthorne was convicted by a General Court Martial of two offences under section 130 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5: one count of possession of child pornography and one count of accessing child pornography. He appeals those verdicts.

[1] LE JUGE ZINN, J.C.A. : Le matelot de 3^e classe Cawthorne a été déclaré coupable par une cour martiale générale de deux infractions prévues à l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 : un chef de possession de pornographie juvénile et un chef d'accès à de la pornographie juvénile. Il interjette appel de ces verdicts.

I. Background

[2] The appellant was serving on the HMCS ALGONQUIN, which was on exercise near Hawaii. Two days after leaving Hawaii, on July 20, 2012, an iPhone was found by an able seaman who, in an effort to determine its owner, opened it and swiped the screen. He saw an image of a man having sex with a child and took the iPhone to a superior. The iPhone belongs to the appellant.

I. Le contexte

[2] L'appelant servait sur le NCSM ALGONQUIN pendant un exercice près d'Hawaï. Le 20 juillet 2012, soit deux jours après avoir quitté Hawaï, un matelot de 2^e classe a trouvé un iPhone et, dans le but d'en déterminer le propriétaire, il l'a mis en marche et a balayé l'écran. Il a alors vu l'image d'un homme ayant des rapports sexuels avec un enfant, et il a remis l'iPhone à un supérieur. L'iPhone appartenait à l'appelant.

[3] The appellant candidly admitted accessing and possessing pornography on his iPhone, but not child pornography. He testified that he has been downloading pornography for "a very large number of years" and that he was looking for images of 18 and 19 year old girls. He testified that he would search "teenage girls", access

[3] L'appelant a admis avec franchise qu'il avait en sa possession, sur son iPhone, de la pornographie à laquelle il accédait, mais non de la pornographie juvénile. Il a témoigné qu'il téléchargeait de la pornographie [TRADUCTION] « depuis très longtemps » et qu'il cherchait des images de filles âgées de 18 ou de 19 ans. Il a dit

a website that contained an image board of the type of images he was interested in, and then he would download the entire thread of images. He testified that he did not review each image as they were downloading and had not reviewed any of the child pornography images found on his phone. The focus of the trial was on whether the Crown proved, beyond a reasonable doubt, that the appellant knowingly accessed child pornography, and was knowingly in possession of child pornography.

II. Grounds of appeal

[4] Three grounds of appeal are advanced:

1. That the prosecution breached the rule in *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (UK HL) when, in closing argument and referring to the evidence that some pictures on the iPhone had been deleted, submitted to the panel that “there is only one person who would be deleting them: Ordinary Seaman Cawthorne” without having first cross-examined the appellant on the proposed inferences that he had deleted child pornography from his iPhone, and had checked the images before deleting them;
2. That the Military Judge erroneously allowed into the trial the images from the appellant’s iPhone which had been ruled to have been obtained as a result of an unconstitutional search and seizure; and
3. That the Military Judge erred, notwithstanding his subsequent directions to the panel, in refusing to grant a mistrial after the appellant’s girlfriend, when improperly asked in re-examination whether the accused “did in fact do those things?” responded “yes” before the objection of the appellant to the question was sustained.

[5] For the reasons that follow, I would dismiss the first two grounds of appeal and would allow the appeal on the third ground.

également qu’il faisait des recherches en entrant le mot-clé [TRADUCTION] « adolescentes », qu’il accédait à un site Web de partage du type d’images qui l’intéressait et qu’il téléchargeait tout le fil d’images. Il a ajouté qu’il n’examinait pas chaque image pendant le téléchargement et qu’il n’avait pas vérifié les images de pornographie juvénile trouvées sur son téléphone. Le procès a porté principalement sur la question de savoir si la Couronne avait prouvé, hors de tout doute raisonnable, que l’appellant avait sciemment accédé à de la pornographie juvénile et qu’il était sciemment en possession de pornographie juvénile.

II. Les moyens d’appel

[4] Trois moyens d’appel sont invoqués :

1. La poursuite a enfreint la règle établie dans *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (UK HL), lorsqu’elle a affirmé au comité, en formulant ses observations finales et en faisant référence à la preuve voulant que certaines images contenues sur l’iPhone avaient été supprimées, [TRADUCTION] qu’« il n’y avait qu’une seule personne qui les supprimait : le matelot de 3e classe Cawthorne », sans avoir d’abord contre-interrogé l’appellant au sujet des déductions selon lesquelles il avait supprimé de la pornographie juvénile de son iPhone et avait vérifié les images avant de le faire.
2. Le juge militaire a admis à tort les images trouvées sur l’iPhone de l’appellant alors qu’il avait conclu qu’elles avaient été obtenues par suite d’une fouille et d’une saisie inconstitutionnelles.
3. Malgré les directives qu’il a ensuite données au comité, le juge militaire a commis une erreur en refusant d’annuler le procès après que la petite amie de l’appellant, à qui on avait demandé de manière inappropriée au cours du réinterrogatoire si l’accusé [TRADUCTION] « avait fait ces choses », a répondu par l’affirmative avant que l’objection soulevée par l’appellant relativement à la question ait été admise.

[5] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais les deux premiers moyens d’appel et j’accueillerais l’appel pour le troisième moyen.

III. Analysis

A. *Was the rule in Browne v. Dunn breached?*

[6] An expert witness called by the prosecution testified that images are numbered sequentially when they are stored in an iPhone. He had examined the appellant's iPhone and found that there were gaps in the numbering and therefore concluded that some images were missing.

[7] In his closing, the prosecutor put it to the panel that they could draw an inference that where a picture was missing, it was likely the result of it being deleted by the user of the iPhone and that could be used to infer knowledge of possession by the user of those images preceding or following the missing images.

[8] The appellant complains that the prosecutor's submission in closing breached the rule in *Browne v. Dunn*, above, because the suggested inferences had not been put to him.

[9] The principle of fairness outlined in *Browne v. Dunn* is often referred to as a "Rule"; however, it is well to remember that a trial judge must apply not a particular mantra, but a principle. The principle is described in *R. v. Drydgen*, 2013 BCCA 253, 338 B.C.A.C. 299, where the British Columbia Court of Appeal approved the following from Bryant, Lederman & Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. (Markham, Ont: LexisNexis, 2009):

Accordingly, if counsel is considering the impeachment of the credibility of a witness by calling independent evidence, the witness must be confronted with this evidence in cross-examination while he or she is still in the witness box.

The rule applies not only to contradictory evidence, but to closing argument as well. In *Browne v. Dunn*, Lord Halsbury added:

To my mind nothing would be more absolutely unjust than not to cross-examine witnesses upon evidence

III. Analyse

A. *La règle établie dans Browne v. Dunn a-t-elle été enfreinte?*

[6] Un témoin expert convoqué par la poursuite a témoigné que les images sont numérotées consécutivement lorsqu'elles sont stockées dans un iPhone. Il avait examiné l'iPhone de l'appelant et constaté que certains numéros manquaient. Il a donc conclu qu'il manquait certaines images.

[7] Dans son exposé final, le poursuivant a dit au comité qu'il pouvait déduire que, lorsqu'il manquait une photo, c'était probablement parce que celle-ci avait été supprimée par l'utilisateur de l'iPhone et que cette déduction pouvait servir à inférer que l'utilisateur savait qu'il avait en sa possession les images précédant ou suivant les images manquantes.

[8] L'appelant se plaint du fait que cette observation formulée dans les observations finales du poursuivant enfreignait la règle établie dans *Browne v. Dunn*, précité, parce que ces déductions ne lui avaient pas été soumises.

[9] Le principe d'équité exposé dans *Browne v. Dunn* est souvent appelé une « règle »; il est toutefois indiqué de se rappeler qu'un juge de première instance ne doit pas appliquer un mantra particulier, mais un principe. Le principe est décrit dans *R. v. Drydgen*, 2013 BCCA 253, 338 B.C.A.C. 299, où la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait siennes les observations suivantes tirées de l'ouvrage *The Law of Evidence in Canada*, 3^e éd. de Bryant, Lederman et Fuerst (Markham (Ont.), LexisNexis, 2009) :

[TRADUCTION] Par conséquent, si l'avocat entend contester la crédibilité du témoin en convoquant un autre témoin, le premier doit être confronté à ce témoignage au cours de son contre-interrogatoire, pendant que lui-même est encore à la barre.

La règle ne s'applique pas uniquement à la preuve contradictoire, mais aussi aux conclusions finales. Lord Halsbury a ajouté dans *Browne v. Dunn* :

À mon avis, rien ne pourrait être plus totalement injuste que de ne pas contre-interroger des témoins sur leur

which they have given, so as to give them notice, and to give them an opportunity of explanation, an opportunity very often to defend their own character, and, not having given them such an opportunity, to ask the panel afterwards to disbelieve what they have said, although not one question has been directed either to their credit or to the accuracy of the facts they have deposed to.

[10] As this extract demonstrates, the point of *Browne v. Dunn* was to characterize as unfair a process pursuant to which a witness would finish testifying without having had the opportunity of addressing an important negative claim from the party opposite. Nothing of that sort occurred here. The expert evidence which allowed the inference that Ordinary Seaman Cawthorne had deleted some pornographic images from his iPhone was led by the prosecution long before Ordinary Seaman Cawthorne was called upon to present his case, or to lead evidence himself. The appellant had the opportunity of cross-examining the expert, the opportunity of leading expert evidence of his own, and of testifying himself in relation to the obvious inference that could be drawn from the expert evidence.

[11] As noted by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Sadikov*, 2014 ONCA 72, at paragraphs 49 and 50, *Browne v. Dunn* is essentially a direction which applies to cross-examiners:

What is termed the “rule in *Browne v. Dunn*” is a principle designed to provide fairness to witnesses and parties. It requires counsel to give notice to those witnesses whom the cross-examiner intends later to impeach. However, it is not a fixed rule: the extent of its application resides within the discretion of the trial judge. Whether, or to what extent, the rule will be applied depends on the circumstances of each case: *R. v. Giroux* (2006), 207 C.C.C. (3d) 512 (Ont. C.A.), at para. 42, leave to appeal to S.C.C. refused, [2006] S.C.C.A. No. 211, [2006] 2 S.C.R. viii.

The so-called rule in *Browne v. Dunn* is a rule for cross-examining counsel to follow when counsel proposes to impeach a witness’ account of events later by introduction of contradictory evidence. While counsel’s failure to follow the *Browne v. Dunn* rule may resonate in a trial judge’s findings of fact at the end of the trial, neither the rule nor any analogy to it prohibits findings of fact

témoignage pour les prévenir, et leur offrir l’occasion de s’expliquer, et bien souvent pour défendre leur propre intégrité, puis, après les avoir privés d’une telle occasion, de demander ensuite au jury de ne pas ajouter foi à ce qu’ils ont dit, même si aucune question n’a été posée relativement à leur crédibilité ou à l’exactitude des faits à propos desquels ils ont témoigné.

[10] Comme cet extrait le montre, l’élément essentiel de *Browne v. Dunn* consistait à qualifier d’injuste un processus selon lequel un témoin finirait son témoignage sans avoir eu la possibilité d’aborder une prétention défavorable importante de l’autre partie. Rien de tel ne s’est produit en l’espèce. La preuve d’expert qui a mené à la conclusion que le matelot de 3^e classe Cawthorne avait supprimé certaines images pornographiques de son iPhone a été produite par la poursuite bien avant que l’accusé soit appelé à présenter sa thèse ou ses éléments de preuve. L’appelant a eu la possibilité de contre-interroger l’expert, de présenter lui-même une preuve d’expert et de témoigner lui-même relativement à la conclusion évidente qui pouvait être tirée de la preuve d’expert.

[11] Comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a mentionné dans *R. v. Sadikov*, 2014 ONCA 72, aux paragraphes 49 et 50, *Browne v. Dunn* constitue essentiellement une directive qui s’applique aux contre-interrogateurs :

[TRADUCTION] Ce qu’on appelle la « règle de *Browne v. Dunn* » est un principe visant à assurer l’équité aux témoins et aux parties. Ce principe exige que l’avocat donne un avis aux témoins dont la crédibilité sera contestée ultérieurement par le contre-interrogateur. Il ne s’agit toutefois pas d’une règle fixe : son champ d’application relève du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. La question de savoir si la règle s’appliquera, ou dans quelle mesure, dépend des circonstances de chaque cas : *R. v. Giroux* (2006), 207 C.C.C. (3d) 512 (C.A. Ont.), paragraphe 42, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2006] C.S.C.R. no 211 (QL), [2006] 2 R.C.S. viii.

Ce qu’on appelle la règle de *Browne v. Dunn* est une règle que doit suivre l’avocat qui procède à un contre-interrogatoire et qui se propose de contester ultérieurement le compte rendu des événements fait par un témoin en produisant une preuve contradictoire. Bien que le défaut d’un avocat de respecter la règle établie dans *Browne v. Dunn* puisse influencer sur les conclusions de fait tirées par le juge

adverse to a witness' credibility absent compliance with *Browne v. Dunn*.

[12] Here, the challenge to the appellant's credibility had already been launched from the evidence of the Crown's expert; indeed, that is why the appellant responded to that evidence by testifying that he had not deleted any images.

[13] In the circumstances of this case, there can be no question of the importance and relevance of the expert's evidence on the issue of deleted images. The appellant was well aware of the prosecution's approach to this issue and had the opportunity of making full answer and defence in relation to it. There was no ambush; there was no trial unfairness on this point.

[14] Moreover, in his closing the Military Judge clearly instructed the panel that it need not accept the inference the prosecution suggested. He said:

It must be noted that the expert witness did not provide the court with a specific opinion as to the precise meaning with regard to missing specific images in his retracted [sic] report. The prosecution has proposed that you could draw an inference that where a picture was missing in the report, it meant that it was likely the result of it being deleted by the user of the phone and that could be used to infer knowledge of possession by the user of those images preceding or following missing the images.

Although such an inference may be made, you may find on the basis of the whole evidence that there are other reasonable inferences that can be made on the meaning of a missing image in the report. [Emphasis added.]

[15] There is no breach of *Browne v. Dunn*, nor was there any unfairness to the appellant by the prosecution suggesting that he was the most likely person to have deleted the images, and that they could infer from that that he knew what was on his iPhone. I would reject this ground of appeal.

de première instance à la fin du procès, ni la règle ni aucune analogie avec elle n'interdit de tirer des conclusions de fait défavorables à la crédibilité d'un témoin même si la règle de *Browne v. Dunn* n'est pas suivie.

[12] En l'espèce, la crédibilité de l'appellant avait déjà été mise en doute par la preuve de l'expert de la Couronne; en fait, c'est pour cette raison que l'appellant a répondu à cette preuve en affirmant dans son témoignage qu'il n'avait supprimé aucune image.

[13] Dans les circonstances, l'importance et la pertinence de la preuve d'expert sur la question des images supprimées ne sauraient être remises en question. L'appellant était bien au courant de l'approche adoptée par la poursuite à l'égard de cette question et il avait eu la possibilité de présenter une défense pleine et entière en conséquence. Il n'y a eu aucun guet-apens; il n'y a eu aucune iniquité sur ce point au procès.

[14] En outre, le juge militaire a clairement indiqué au comité, dans son exposé final, qu'il n'avait pas à accepter la conclusion suggérée par la poursuite. Il a dit :

[TRADUCTION] Il faut mentionner que le témoin expert n'a présenté à la cour aucune opinion particulière sur la signification précise des images manquantes dans son rapport retiré [sic]. La poursuite a laissé entendre que vous pourriez conclure que, lorsqu'une image était manquante dans le rapport, cela signifiait qu'elle avait probablement été supprimée par l'utilisateur du téléphone et qu'on pouvait en déduire la connaissance de la possession par l'utilisateur des images précédant ou suivant les images manquantes.

Bien qu'une telle inférence puisse être tirée, vous pourriez conclure, en vous appuyant sur l'ensemble de la preuve, que d'autres inférences raisonnables peuvent aussi être tirées du fait qu'une image manque dans le rapport. [Je souligne.]

[15] La règle établie dans *Browne v. Dunn*, n'a pas été enfreinte et la poursuite n'a pas commis une injustice à l'égard de l'appellant en laissant entendre qu'il était la personne la plus susceptible d'avoir supprimé les images et que le comité pouvait en déduire qu'il savait ce qu'il y avait sur son iPhone. Je rejeterais ce motif d'appel.

B. *Should the images obtained as a result of an unconstitutional search and seizure have been excluded?*

[16] The Military Judge found that the search and seizure of Ordinary Seaman Cawthorne's iPhone were unlawful and a violation of his section 8 Charter rights. However, he declined the appellant's motion to exclude the evidence obtained from the iPhone.

[17] Subsection 686(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, states that on an appeal from conviction, a court may allow the appeal if it is of the opinion that the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence, the trial judge committed an error of law, or there was a miscarriage of justice.

[18] Subsection 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter) provides that where "evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute."

[19] The Supreme Court of Canada in *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at paragraph 44, has instructed that on an application under subsection 24(2) of the Charter to exclude evidence, where the "judge has considered the proper factors and has not made any unreasonable finding; his or her determination is owed considerable deference on appellate review." In coming to his conclusion that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute, the Military Judge took into account the appellant's rights of privacy, the delay in obtaining a search warrant, the innocent initial examination of the cell phone, the taking of legal advice by the persons in authority on the ship, the good intentions of the military personnel throughout, and the fact that the leading decisions on cell phone privacy, such as *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657 and *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621 had not been published when this incident arose.

B. *Les images obtenues par suite d'une fouille et d'une saisie inconstitutionnelles auraient-elles dû être écartées?*

[16] Le juge militaire a estimé que la fouille et la saisie de l'iPhone du matelot de 3^e classe Cawthorne étaient illégales et portaient atteinte aux droits garantis à l'article 8 de la Charte. Il a cependant rejeté la requête présentée par l'appelant afin que les éléments de preuve tirés de l'iPhone soient écartés.

[17] Le paragraphe 686(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoit que, lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité, le tribunal peut admettre l'appel s'il est d'avis que le verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve, que le juge de première instance a commis une erreur de droit ou qu'il y a eu erreur judiciaire.

[18] Le paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) prévoit que lorsque « des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ».

[19] La Cour suprême du Canada a indiqué, dans *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, au paragraphe 44, que, lors de l'audition d'une demande fondée sur le paragraphe 24(2) de la Charte qui vise à écarter des éléments de preuve, lorsque le « juge du procès a pris en compte les considérations applicables et n'a tiré aucune conclusion déraisonnable, sa décision justifie une grande déférence en appel ». Lorsqu'il a conclu que l'utilisation des éléments de preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, le juge militaire a tenu compte du droit à la vie privée de l'appelant, du délai d'obtention d'un mandat de perquisition, de l'examen initial de bonne foi du téléphone portable, de l'obtention d'un avis juridique de la part des personnes responsables sur le navire, de la bonne foi démontrée en tout temps par le personnel militaire et du fait que les décisions de principe sur le droit à la vie privée applicable aux téléphones portables, comme *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, et *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, n'avaient pas été rendues lorsque l'incident s'était produit.

[20] I concur with the finding of the Military Judge that there was no bad faith on the part of any of the state actors involved in the search and seizure, no evidence of any pattern of abuse, no evidence that any of the ship's personnel were trained in the law, and no evidence that the initial search was for any purpose other than identifying the owner of the iPhone.

[21] The Military Judge considered all of the relevant factors, made no unreasonable finding, and his decision is deserving of deference. I would reject this ground of appeal.

C. Should there have been a mistrial following the inadmissible reply evidence?

[22] The inadmissible evidence was given by the accused's former girlfriend, a witness for the prosecution, during her re-examination. During her examination-in-chief, she was asked a number of questions bearing on the evidence required to prove the charges. She was a hesitant and largely unhelpful witness for the prosecution.

[23] She testified that at Christmas time the appellant told her that when he was taken off the HMCS ALGONQUIN in Hawaii it wasn't just because of depression and sea sickness, as she had believed: "It was also because he'd been arrested for having inappropriate images on his phone." She testified that she did not "remember the exact specific words he used in the conversation, but that was the gist of it." When asked if he ever said anything about having images on his iPhone, she responded: "Not specifics that I can remember."

[24] She was asked if there was ever a time when they had further discussion and she responded: "I don't remember specifics of conversations, but I do remember a conversation where I asked him what types of images were on his phone." When asked what he told her, she testified: "I don't remember exactly what he said so I don't remember the specifics. He said they were

[20] Je souscris à la conclusion du juge militaire selon laquelle aucun des acteurs de l'État ayant participé à la fouille et à la saisie n'a agi de mauvaise foi, rien ne permet de conclure à l'existence d'abus, aucun membre de l'équipage du navire n'avait de formation juridique et la fouille initiale avait comme seul but d'identifier le propriétaire de l'iPhone.

[21] Le juge militaire a tenu compte de tous les facteurs pertinents et n'a tiré aucune conclusion déraisonnable, et sa décision doit faire l'objet de déférence. Je rejeterais ce moyen d'appel.

C. Le procès aurait-il dû être annulé après le témoignage inadmissible lors du réinterrogatoire?

[22] La preuve inadmissible a été présentée par l'ancienne petite amie de l'accusé, qui témoignait pour la poursuite, au cours de son réinterrogatoire. Au cours de son interrogatoire principal, on lui a posé un certain nombre de questions portant sur la preuve requise pour prouver les accusations. Elle a répondu de façon hésitante et son témoignage a été très peu utile à la poursuite.

[23] Elle a témoigné que, pendant la période des Fêtes, l'appelant lui avait dit que ce n'était pas seulement à cause d'une dépression et du mal de mer qu'il avait débarqué du NCSM ALGONQUIN à Hawaï, comme elle le croyait : [TRADUCTION] « C'était aussi parce qu'il avait été arrêté à cause des images inappropriées qu'il y avait sur son iPhone. » Elle a ajouté qu'elle ne se [TRADUCTION] « rappelait pas les mots exacts qu'il avait employés, mais c'était là l'essentiel ». À la question de savoir s'il avait déjà dit quelque chose au sujet de la présence d'images sur son iPhone, elle a répondu : [TRADUCTION] « Aucun détail dont je me souviens. »

[24] On lui a ensuite demandé si elle et l'appelant avaient déjà eu une autre discussion à ce sujet. Elle a répondu : [TRADUCTION] « Je ne me rappelle pas les détails des conversations, mais je me souviens d'une conversation au cours de laquelle je lui ai demandé quels types d'images il y avait sur son téléphone. » À la question de savoir ce qu'il lui avait dit, elle a déclaré : [TRADUCTION]

children and I believe that he said they were both male and female.” That was all she was able to recall.

[25] Her cross-examination was very brief—counsel asked only two questions. First, it was put to her that the conversations she had with the appellant amounted to him advising her of the allegations that had been made against him. She agreed. The second and final question was to much the same effect. She was asked: “So though you don’t recall the context of—the exact wording of those communications, in essence they were advising you of what allegations had been made against him?” She responded: “Yeah.”

[26] The re-examination consisted of the following exchange:

Q. During any of those conversations, do you recall him saying that he did in fact do these things?

A. Yes.

The answer was given before the defence could voice its objection.

[27] The Military Judge quickly sustained the objection, ruling that the evidence given on re-examination was inadmissible. He stated to the panel: “This question and this answer should be ignored by the panel. Clearly it does not arise from the cross-examination.”

[28] The defence brought a motion for a mistrial on the basis of the prejudice arising from the inadmissible re-examination evidence. In his ruling, the Military Judge, agreed with the defence that the re-examination evidence could be understood as an admission by Ordinary Seaman Cawthorne that he knew that he had downloaded child pornography onto his iPhone and knew that he was in possession of it:

I consider that the evidence ruled inadmissible may be relevant to a central issue of this case; namely, the *mens rea*,

« Je ne me rappelle pas exactement ce qu’il a dit, donc je ne me souviens pas des détails. Il a dit que c’était des enfants et je crois qu’il a dit qu’il y avait des garçons et des filles. » C’est tout ce qu’elle se rappelait.

[25] Son contre-interrogatoire a été très bref, l’avocat lui ayant posé deux questions seulement. L’avocat lui avait d’abord fait remarquer que les conversations qu’elle avait eues avec l’appelant avaient pour but de l’informer des allégations formulées contre lui. Elle en a convenu. La deuxième et dernière question était pratiquement la même : [TRADUCTION] « Donc, bien que vous ne vous rappeliez pas le contexte, les termes exacts employés pendant ces communications, celles-ci avaient essentiellement pour but de vous informer des allégations faites contre lui? » Elle a répondu par l’affirmative.

[26] Le réinterrogatoire s’est limité à l’échange suivant :

Q. Pendant ces conversations, vous rappelez-vous qu’il ait dit qu’il avait fait ces choses?

R. Oui.

La réponse a été donnée avant que la défense puisse formuler son objection.

[27] Le juge militaire a rapidement admis l’objection au motif que la réponse donnée lors du réinterrogatoire était inadmissible. Il a dit au comité : [TRADUCTION] « Le comité ne devrait pas tenir compte de cette question et de cette réponse. Elle ne découle clairement pas du contre-interrogatoire. »

[28] La défense a présenté une requête en annulation du procès en s’appuyant sur le préjudice découlant de la réponse inadmissible donnée lors du réinterrogatoire. Dans sa décision, le juge militaire a convenu avec la défense que cette réponse pouvait être considérée comme un aveu, par le matelot de 3^e classe Cawthorne, qu’il savait qu’il avait téléchargé de la pornographie juvénile sur son iPhone et qu’il savait qu’il était en possession de celle-ci :

[TRADUCTION] J’estime que la preuve jugée inadmissible peut être pertinente au regard d’une question fondamentale

but I would add that this evidence could also be relevant to the *actus rea* with regard to the element of possession.

[29] The Military Judge dismissed the motion. He expressed his view that his earlier instruction to the panel was sufficient. Nonetheless, out of an abundance of caution, he issued a further midtrial instruction to the panel, as follows:

You will recall that I gave you a specific instruction after the testimony of ... a witness that was called by the prosecution. You will recall that I asked you to ignore the unique question and answer that arose from the re-examination of the witness by counsel for the prosecution, because they were the product of improper cross-examination [sic].

This instruction remains, but I further instruct you that you shall not draw any adverse inference against the accused Ordinary Seaman Cawthorne, from that inadmissible evidence because it is both unreliable and prejudicial. I therefore instruct you to completely and absolutely ignore the inadmissible evidence and that you shall evacuate from your mind anything about it.

[30] Here, the crux of the Crown's case was that the appellant had knowingly accessed child pornography and had thereafter retained it in his possession. In my view, the inadmissible evidence that Ordinary Seaman Cawthorne admitted "that he did in fact do these things" can only be taken as a reference to the "allegations ... made against him," the subject of the immediately preceding question on cross-examination. The prosecutor acknowledged as much in his immediate response to the objection when he stated:

Your Honour, I believe my friend's question was with reference to conversations: did he make — did he say that these were the allegations, and I simply asked, Did he also make the — say that he had in fact done these things. The — by stating "allegations" only, my friend left unclear, I submit, the rest of the conversation. [Emphasis added.]

[31] In *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at paragraph 26, the Supreme Court of Canada observed that there are two types of errors: There are harmless errors that are of a minor nature and can have no impact on the verdict and there are serious errors which would

en l'espèce, à savoir la *mens rea*. J'ajouterais cependant que cette preuve peut aussi être pertinente au regard de l'*actus reus* relativement à la question de la possession.

[29] Le juge militaire a rejeté la requête. À son avis, la directive qu'il avait donnée précédemment au comité était suffisante. Par excès de prudence cependant, il a donné au comité une directive additionnelle pendant le procès :

[TRADUCTION] Vous vous rappellerez que je vous ai donné une directive précise après le témoignage de [...] d'un témoin appelé par la poursuite. Vous vous rappellerez que je vous ai demandé de ne pas tenir compte de la question et de la réponse découlant du réinterrogatoire du témoin par l'avocat de la poursuite, parce qu'elles résultaient d'un contre-interrogatoire [sic] irrégulier.

Cette directive est toujours valide, mais je vous demande également de ne pas tirer une conclusion défavorable à l'encontre de l'accusé, le matelot de 3^e classe Cawthorne, de cette preuve inadmissible, parce que celle-ci est préjudiciable et n'est pas fiable. Je vous demande donc de ne tenir aucun compte de la preuve inadmissible et d'oublier tout ce qui la concerne.

[30] En l'espèce, la thèse de la Couronne était que l'appelant avait sciemment accédé à de la pornographie juvénile et l'avait ensuite gardée en sa possession. À mon avis, la preuve inadmissible selon laquelle le matelot de 3^e classe Cawthorne avait admis « avoir fait ces choses » peut uniquement être interprétée comme faisant référence aux [TRADUCTION] « allégations faites contre lui », le sujet de la question posée précédemment lors du contre-interrogatoire. Le poursuivant l'a d'ailleurs reconnu dans la réponse qu'il a donnée à l'objection lorsqu'il a dit :

[TRADUCTION] Monsieur le juge, je crois que la question de mon collègue concernait les conversations : a-t-il fait — a-t-il dit qu'il s'agissait des allégations, et j'ai simplement demandé s'il avait aussi — s'il avait dit qu'il avait fait ces choses. En employant le mot « allégations », mon collègue reste vague, à mon avis, en ce qui concerne le reste de la conversation. [Je souligne.]

[31] Dans *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, la Cour suprême a fait observer, au paragraphe 26, qu'il existe deux catégories d'erreurs : les erreurs inoffensives ou négligeables qui n'ont aucune incidence sur le verdict, et les graves erreurs qui « justifieraient la tenue

“justify a new trial, but for the fact that the evidence adduced was seen as so overwhelming that the reviewing court concludes that there was no substantial wrong or miscarriage of justice.” Accordingly, this court must consider whether there was overwhelming evidence that Ordinary Seaman Cawthorne had knowingly accessed child pornography and had thereafter retained it in his possession.

[32] The evidence of the appellant’s *mens rea* in relation to the offences for which he was charged consisted of the following: (i) his testimony about how he downloaded pornography onto his iPhone, accessing a site and then downloading the pictures without examining them; (ii) the absence of evidence that he made inquiries about the kind of pornography that he downloaded; (iii) the fact that a child pornography image came up as soon as the iPhone was swiped; (iv) the appellant’s evidence that it was his habit to watch the downloaded digital material after his shift (although he testified that he had not done so since the ship had left Hawaii which was where the child pornography had been downloaded); and (v) an inference that the appellant had seen the images on the iPhone which the prosecution submitted could be inferred from the fact that some images were deleted from the iPhone. Taken in its entirety, it is my view that this evidence was not overwhelming evidence of knowledge by the appellant.

[33] There was no evidence that the appellant had to or did examine the pictures as he downloaded them. There was no evidence that the image that presented itself when the iPhone was swiped by its finder had to have been last viewed just before it was closed, nor was there any evidence that it was last or ever viewed by the appellant. There was no evidence that pictures could only be deleted from the iPhone by taking a deliberate action after viewing them. There was no direct evidence that the appellant had viewed or was aware of the child pornography on his iPhone.

[34] The prosecution’s case, at best, was that the knowledge of the appellant about the child pornography on his iPhone could be inferred from other evidence. Could that evidence alone have been sufficient evidence for a

d’un nouveau procès, si ce n’était que la cour d’appel juge la preuve présentée accablante au point de conclure qu’aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s’est produit ». Par conséquent, notre Cour doit décider s’il y avait une preuve accablante démontrant que le matelot de 3^e classe Cawthorne avait sciemment accédé à de la pornographie juvénile et l’avait ensuite gardée en sa possession.

[32] La preuve relative à la *mens rea* de l’appelant quant aux accusations était composée de ce qui suit : (i) son témoignage sur la façon dont il avait téléchargé de la pornographie sur son iPhone, accédant à un site puis téléchargeant les photos sans les examiner; (ii) l’absence de preuve démontrant qu’il avait cherché à savoir quel type de pornographie il téléchargeait; (iii) le fait qu’une image de pornographie juvénile soit apparue sur son iPhone dès qu’on eut balayé l’écran; (iv) le témoignage de l’appelant selon lequel il avait l’habitude de regarder le matériel numérique qu’il téléchargeait après son quart de travail (même s’il a déclaré qu’il ne l’avait pas fait depuis que le navire avait quitté Hawaï, là où la pornographie juvénile avait été téléchargée); (v) la conclusion selon laquelle l’appelant avait vu les images sur son iPhone, conclusion qui, selon la poursuite, pouvait être tirée du fait que des images avaient été supprimées. J’estime que, prise dans son ensemble, cette preuve n’est pas une preuve accablante de la connaissance de l’appelant.

[33] Rien ne démontrait que l’appelant devait examiner les photos au moment de leur téléchargement ou qu’il l’avait fait. Rien ne démontrait que l’image qui était apparue lorsque la personne qui avait découvert l’iPhone a balayé l’écran devait être la dernière à avoir été vue avant que le téléphone ne soit éteint ou que cette image avait déjà été vue par l’appelant ou était la dernière à avoir été regardée par l’appelant. Rien ne démontrait non plus que les photos ne pouvaient être supprimées de l’iPhone qu’au moyen d’un acte délibéré commis après les avoir regardées. En outre, aucune preuve directe n’établissait que l’appelant savait que son iPhone contenait de la pornographie juvénile ou qu’il avait vu celle-ci.

[34] La poursuite pouvait faire valoir, tout au plus, qu’on pouvait conclure des autres éléments de preuve que l’appelant savait qu’il y avait de la pornographie juvénile sur son iPhone. Ces éléments de preuve auraient-ils pu

properly instructed jury to conclude beyond a reasonable doubt that the appellant had the *mens rea* necessary to convict? I think not.

[35] In my view, the additional introduction of a confession that the appellant did the things for which he was charged, was not only pivotal and central to the case, but was likely to be very weighty, whether consciously or not, in the panel's assessment of the evidence given that the defence had taken the irrevocable step of not cross-examining the former girlfriend about the nature of the relevant conversations she had with the accused during the period following the charges being laid.

[36] The Military Judge's warning to the panel to ignore the re-examination evidence was appropriately prompt, decisive, direct and complete. I accept that the panel was not a typical jury. It was comprised of military officers holding the rank of captain and above. This was a jury whose members had a uniform high degree of achievement as members of the military, and they were presumably accustomed to obeying orders.

[37] Nevertheless, because there was no overwhelming evidence of guilt based on the admissible evidence, it cannot be said that the panel's verdicts would have been the same, absent hearing the re-examination evidence of the former girlfriend which amounted to evidence of a confession from the appellant. In my view, a mistrial ought to have been granted.

IV. Conclusion

[38] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the findings of guilt and direct a new trial by Court Martial on the two charges laid against Ordinary Seaman Cawthorne.

ABRA J.A.: I agree.

[39] VEIT J.A. (DISSENTING REASONS): I agree with my colleagues on the disposition of the first two grounds of appeal.

[40] However, with respect, I have come to a different conclusion concerning the third ground of appeal, and,

suffire pour qu'un jury ayant reçu les directives appropriées conclue hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait la *mens rea* nécessaire pour être condamné? Je ne le pense pas.

[35] À mon avis, l'aveu de l'appelant selon lequel il avait fait les choses dont il était accusé était non seulement fondamental, mais était susceptible aussi d'influencer considérablement le comité, consciemment ou non, lors de l'appréciation de la preuve, étant donné que la défense avait pris la décision irrévocable de ne pas contre-interroger l'ancienne petite amie au sujet de la nature des conversations pertinentes qu'elle avait eues avec l'accusé après le dépôt des accusations.

[36] La mise en garde du juge militaire au comité de ne pas tenir compte de la preuve obtenue lors du réinterrogatoire a été donnée au moment opportun et était décisive, directe et complète. Je reconnais que le comité n'était pas un jury typique. Il était formé d'officiers militaires détenant au moins le grade de capitaine. Tous ces officiers avaient eu beaucoup de succès au sein de l'armée et ils étaient probablement habitués à obéir aux ordres.

[37] Néanmoins, étant donné qu'il n'y avait aucune preuve accablante de culpabilité fondée sur la preuve admissible, il est impossible de dire que les verdicts du comité auraient été les mêmes si le réinterrogatoire de l'ancienne petite amie, qui équivalait à la preuve d'un aveu de l'appelant, n'avait pas eu lieu. À mon avis, le procès aurait dû être annulé.

IV. Conclusion

[38] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'annulerais les verdicts de culpabilité et j'ordonnerais un nouveau procès devant la cour martiale pour les deux accusations portées contre le matelot de 3^e classe Cawthorne.

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

[39] LA JUGE VEIT (DISSIDENTE) : Je suis d'accord avec mes collègues pour ce qui est des deux premiers moyens d'appel.

[40] En toute déférence, cependant, je suis parvenue à une conclusion différente concernant le troisième moyen

consequently, on the outcome of the appeal. I am of the view that, in deciding not to grant a mistrial, the Military Judge committed no error of law: the trial judge was in a privileged position to determine if the panel had understood, and would abide by, his instruction to ignore the impugned evidence obtained on re-examination. Moreover, in light of the overwhelming evidence of the accused's knowledge of the existence of child pornography on his smartphone, any error in the treatment of the impugned evidence by the trial judge would come within the *curative proviso* in section 686 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. I would therefore deny the appeal.

V. Facts and trial proceedings

[41] I find it necessary to expand slightly on the evidence and trial proceedings referred to by my colleagues. First, I refer to the evidence relating to the accused's cellphone, an iPhone 4S. The trial evidence establishes that the operation of such a cellphone is well within the experience of the trier of fact. According to the prosecution's expert, the accused's smartphone is one of the major types of cellphones: Appeal Book, Vol. II, at page 275. As the defence itself noted in objecting to the admissibility of expert evidence relating to that cellphone (Appeal Book, Vol. II, at page 332, lines 10 to 17):

We could power up the phone and pass it amongst the panel and they could look at it or we could provide it to them in hardcopy of what was on the phone. There is no expertise there and there's no issue there and there's nothing that requires the opinion of an expert. There are no inferences that my friend is suggesting the panel is going to need to make that this expert can assist with making.

[42] The defence made similar submissions with respect to the fact that it was unnecessary to hear expert evidence with respect to the ordinary operation of smartphones: Appeal Book, Vol. II, at page 334, lines 12 to 18.

d'appel et, par conséquent, concernant l'issue de l'appel. Je suis d'avis que le juge militaire n'a commis aucune erreur de droit lorsqu'il a décidé de ne pas annuler le procès. Le juge de première instance était dans une position privilégiée pour décider si le comité avait compris sa directive de ne pas tenir compte de l'élément de preuve contesté qui avait été obtenu lors du réinterrogatoire et s'il s'y conformerait. En outre, à la lumière de la preuve accablante relative à la connaissance que l'accusé avait de la présence de pornographie juvénile sur son téléphone intelligent, toute erreur dans le traitement de cet élément de preuve contesté commise par le juge de première instance serait visée par la disposition réparatrice de l'article 686 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Je rejetterais donc l'appel.

V. Les faits et l'instruction de l'instance

[41] Je pense qu'il est nécessaire de décrire un peu plus longuement la preuve et l'instruction de l'instance mentionnées par mes collègues. Je vais traiter en premier lieu de la preuve relative au téléphone portable de l'accusé, un iPhone 4S. La preuve présentée en première instance établit que le fonctionnement d'un tel téléphone est bien connu du juge des faits. Selon l'expert de la poursuite, le téléphone intelligent de l'accusé appartient à l'un des principaux types de téléphones portables : dossier d'appel, vol. II, à la page 275. Comme la défense l'a elle-même mentionné lorsqu'elle s'est opposée à l'admissibilité de la preuve d'expert concernant ce téléphone (dossier d'appel, vol. II, à la page 332, lignes 10 à 17) :

[TRADUCTION] Nous pourrions mettre le téléphone en marche et le passer aux membres du comité pour qu'ils puissent l'examiner, ou nous pourrions leur remettre une copie papier de ce qui apparaît au téléphone. Cela n'exige aucune expertise, il n'y a aucun enjeu et il n'y a rien qui exige l'avis d'un expert. Il n'y a aucune conclusion pour laquelle le comité aura besoin de l'aide de cet expert, comme mon collègue le laisse entendre.

[42] La défense a présenté des observations semblables au sujet du fait qu'il était inutile d'entendre la preuve d'expert au sujet du fonctionnement habituel des téléphones intelligents : dossier d'appel, vol. II, à la page 334, lignes 12 à 18.

[43] Although the trial judge allowed the evidence of the witness Birnie to be heard as expert evidence in certain specified areas, as is clear from his instructions to the panel concerning the evidence of the witnesses Butchers, Whitty and Buxton, the Military Judge also recognized that lay people might well have useful opinions about well recognized operations of the major types of smartphones: see for example Appeal Book, Vol. IV, at page 738, lines 21 to 32. The members of the panel might similarly be expected to have some experience with smartphones; they were entitled to use that experience and their common sense in assessing the evidence before them.

[44] Second, I refer to the entire evidence from the accused's former girlfriend: see Appendix A. There are at least two portions of that witness' evidence in chief which a trier of fact might consider to be a "confession" of knowing possession of child pornography by the accused to the witness: in the first highlighted portion, the witness was not speaking of allegations which had been made, but "what types of images were on his phone". The accused replied "[images] of children ...". In the second highlighted portion, the witness was not referring to allegations, but to the accused's actions: "I ended the relationship because I didn't want his actions to come back onto me in the future." It may well be that the witness was uncomfortable, perhaps even reticent; however, the Military Judge and the panel were in a better position than an appeal court to assess the meaning and effect of her evidence.

[45] Third, I refer to the entire instructions given to the panel by the Military Judge on the subject of the re-examination evidence: see Appendices A and B. To complete the picture of the instructions given to the panel, I also refer to Appendix C, the Military Judge's summation to the panel, which summation does not refer to the impugned re-examination.

[46] Fourth, I refer to the complete decision of the Military Judge in denying the application for a mistrial: see Appendix B.

[43] Bien que le juge de première instance ait permis le témoignage expert du témoin Birnie sur certaines questions précises, comme il ressort clairement des directives qu'il a données au comité concernant la preuve des témoins Butchers, Whitty et Buxton, le juge militaire a aussi reconnu que les profanes pourraient bien avoir des opinions utiles sur le fonctionnement bien connu des principaux types de téléphones intelligents : voir, par exemple, le dossier d'appel, vol. IV, à la page 738, lignes 21 à 32. On peut ainsi s'attendre à ce que les membres du comité aient une certaine expérience des téléphones intelligents; ils pouvaient se servir de cette expérience et de leur bon sens pour apprécier la preuve dont ils disposaient.

[44] En deuxième lieu, je renvoie à l'ensemble du témoignage de l'ancienne petite amie de l'accusé : voir l'annexe A. Il y a au moins deux parties du témoignage principal de ce témoin qu'un juge des faits pourrait considérer comme un « aveu » par lequel l'accusé avoue à ce témoin qu'il est en possession de pornographie juvénile : dans la première partie soulignée, le témoin ne parlait pas des allégations qui avaient été faites, mais des [TRADUCTION] « types d'images qu'il y avait sur son téléphone ». L'accusé a répondu : [TRADUCTION] « [des images] d'enfants ». Dans la deuxième partie soulignée, le témoin ne parlait pas des allégations, mais des actes de l'accusé : [TRADUCTION] « J'ai mis fin à la relation parce que je ne voulais pas que ces actes se retournent contre moi dans l'avenir. » Il est fort possible que le témoin ait été mal à l'aise, peut-être même réticent, mais le juge militaire et le comité étaient mieux placés qu'une cour d'appel pour apprécier la signification et l'effet de la preuve de ce témoin.

[45] En troisième lieu, il y a l'ensemble des directives données par le juge militaire au comité sur la question de la preuve obtenue lors du réinterrogatoire : voir les annexes A et B. Pour compléter le portrait des directives données au comité, je renvoie également à l'annexe C, le résumé fait par le juge militaire au comité, lequel ne mentionne pas le réinterrogatoire contesté.

[46] En quatrième lieu, je renvoie à la décision complète par laquelle le juge militaire a rejeté la demande d'annulation du procès : voir l'annexe B.

A. *Role of appeal court in determining whether a new trial should be granted*

[47] My colleagues rightly, in my view, point to the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Khan*, 2001 S.C.C. 86, [2001] 3 S.C.R. 823 (*Khan*), as the guide to whether a new trial should be granted. That court emphasized that section 686 of the *Criminal Code* established new parameters for such decisions:

[31] In addition to cases where only a minor error or an error with minor effects is committed, there is another class of situations in which s. 686(1)(b)(iii) may be applied. This was described in the case of *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 916, where, after stating the rule that an accused is entitled to a new trial or an acquittal if errors of law are made, Sopinka J. wrote:

There is, however, an exception to this rule in a case in which the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. In such circumstances, depriving the accused of a proper trial is justified on the ground that the deprivation is minimal when the invariable result would be another conviction.

Therefore, it is possible to apply the curative proviso even in cases where errors are not minor and cannot be said to have had only a minor effect on the trial, but only if it is clear that the evidence pointing to the guilt of the accused is so overwhelming that any other verdict but a conviction would be impossible (see *R. v. Nijjar*, [1998] 1 S.C.R. 320; *Alward v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 559; *Ambrose v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 717; *Dufresne v. La Reine*, [1988] R.J.Q. 38 (C.A.); *R. v. Welch* (1980), 5 Sask. R. 175 (C.A.)).

[48] Those principles were recently re-affirmed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 272:

The Curative Proviso is Appropriate in These Circumstances

[52] Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, known as the curative proviso, states:

A. *Le rôle de la cour d'appel relativement à la question de savoir s'il faut ordonner la tenue d'un nouveau procès*

[47] Mes collègues rappellent, avec raison à mon avis, que l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823 (*Khan*), doit servir de guide pour décider s'il faut ordonner la tenue d'un nouveau procès. La Cour suprême a souligné que l'article 686 du *Code criminel* a établi de nouveaux paramètres relativement à ces décisions :

[31] Outre les cas où l'erreur commise n'est que mineure ou n'entraîne que des conséquences mineures, il existe une autre catégorie de cas susceptibles de donner lieu à l'application du sous-al. 686(1)b(iii). Cette catégorie a été décrite dans l'arrêt *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, p. 916, où, après avoir énoncé la règle voulant que l'accusé ait droit à un nouveau procès ou à un acquittement lorsque des erreurs de droit se produisent, le juge Sopinka a déclaré :

Il existe cependant une exception à cette règle lorsque la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. Dans ce cas, il est justifié de priver l'accusé d'un procès régulier puisque cette privation est minimale lorsque le résultat serait forcément une autre déclaration de culpabilité.

Par conséquent, il est possible d'appliquer la disposition réparatrice même lorsque les erreurs ne sont pas mineures et ne peuvent être considérées comme n'ayant eu qu'une incidence mineure sur le procès, mais uniquement lorsqu'il est clair que la preuve tendant à établir la culpabilité de l'accusé est à ce point accablante qu'il serait impossible d'obtenir un verdict autre qu'une déclaration de culpabilité (voir *R. c. Nijjar*, [1998] 1 R.C.S. 320; *Alward c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 559; *Ambrose c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 717; *Dufresne c. La Reine*, [1988] R.J.Q. 38 (C.A.); *R. c. Welch* (1980), 5 Sask. R. 175 (C.A.)).

[48] La Cour suprême du Canada a répété récemment ces principes dans *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272 :

La disposition réparatrice s'applique dans les circonstances

[52] La disposition réparatrice — le sous-al. 686(1)b(iii) du *Code criminel* — prévoit ce qui suit :

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict ... the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

...

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(b) may dismiss the appeal where

...

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

[53] As this Court has repeatedly asserted, the curative proviso can only be applied where there is no “reasonable possibility that the verdict would have been different had the error ... not been made” (*R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617, aff’d in *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 28). Flowing from this principle, this Court affirmed in *Khan* that there are two situations where the use of s. 686(1)(b)(iii) is appropriate: 1) where the error is harmless or trivial; or 2) where the evidence is so overwhelming that, notwithstanding that the error is not minor, the trier of fact would inevitably convict (paras. 29-31).

[54] In my view, this case falls squarely within the latter category. As the trial judge ably demonstrated, Mr. Sekhon’s evidence is a contrivance from beginning to end and need not be considered. With his evidence off the table, had the Impugned Testimony been excluded, the remaining admissible evidence pointing towards Mr. Sekhon’s guilt is overwhelming. I have reviewed this evidence earlier and need not repeat it. Suffice it to say that the circumstantial evidence bearing on Mr. Sekhon’s knowledge can lead to only one rational conclusion -- that Mr. Sekhon was aware of the cocaine secreted in the truck.

[55] The fob evidence on its own was devastating. As noted earlier, Mr. Sekhon himself testified that when he

686. (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité ou d’un verdict [...], la cour d’appel :

a) peut admettre l’appel, si elle est d’avis, selon le cas :

[...]

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit,

[...]

b) peut rejeter l’appel, dans l’un ou l’autre des cas suivants :

[...]

(iii) bien qu’elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l’appel pourrait être décidé en faveur de l’appelant, elle est d’avis qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit,

[53] La Cour a maintes fois affirmé que la disposition réparatrice ne peut s’appliquer que lorsqu’il n’existe aucune « possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur » (*R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617, conf. dans *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 28). Compte tenu de ce principe, la Cour confirme dans *Khan* que deux situations se prêtent à l’application du sous-al. 686(1)b)(iii) : (1) l’erreur est inoffensive ou négligeable ou (2) la preuve est à ce point accablante que, même si l’erreur n’est pas sans importance, le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité (par. 29-31).

[54] À mon avis, la présente affaire correspond nettement à la seconde situation. Comme le démontre très bien le juge du procès, le témoignage de M. Sekhon est une invention du début à la fin et il n’y a pas lieu d’en tenir compte. Son témoignage écarté, les éléments de preuve admissibles tendant à établir sa culpabilité demeurent accablants même si l’on exclut le témoignage litigieux. J’ai déjà fait état de ces éléments de preuve, et il n’est pas nécessaire que j’y revienne. Il suffit de dire que la preuve circonstancielle liée à la connaissance des faits par M. Sekhon ne mène qu’à une seule conclusion rationnelle, à savoir que M. Sekhon savait que de la cocaïne était dissimulée dans la camionnette.

[55] À elle seule, la preuve relative à la télécommande d’accès a eu un effet catastrophique. Rappelons que M.

was given the fob, it was attached to the ignition key. As the trial judge noted, correctly in my view, “[t]he only logical conclusion to be drawn from [Mr. Sekhon’s deliberate act of separating the fob from the keys] is that the accused did this to distance the fob from the truck because he knew that the fob controlled access to the hidden compartment which he would not want discovered” (A.R., vol. I, at p. 31). Standing alone, that finding was all but conclusive of Mr. Sekhon’s guilt.

[56] But of course, it does not stand alone. It is part of a web of circumstantial evidence enveloping Mr. Sekhon from which he cannot escape. In this regard, it is important to note that when considering the second branch of the proviso in the context of a circumstantial case, it is necessary to look at the whole of the admissible evidence in assessing the strength of the case. It is not the task of an appellate court to parse each item of evidence in search of a possible innocent explanation. If that were so, it would be virtually impossible to ever satisfy the second branch of the proviso in a circumstantial case.

[57] In conclusion, the thoughts expressed by Binnie J. in *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, and restated in *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505, are in my view, apposite to the case at hand:

Ordering a new trial raises significant issues for the administration of justice and the proper allocation of resources. Where the evidence against an accused is powerful and there is no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict, it is manifestly in the public interest to avoid the cost and delay of further proceedings. Parliament has so provided. [*Jolivet*, at para. 46; *Sarrazin*, at para. 24] [Emphasis added.]

B. Application of the law to the evidence

[49] With this background, I return to the evidence that was properly before the panel.

[50] First and foremost, is the evidence of explicit child pornography images displayed on the appellant’s smartphone. In my respectful view, this evidence is, in the context of all of the smartphone evidence presented, overwhelming evidence of the accused’s guilt.

Sekhon a dit lui-même qu’au moment où on la lui avait remise, elle était jumelée à la clé de contact. Le juge du procès fait remarquer, à juste titre selon moi, que [TRA-DUCTION] « [l]a seule conclusion logique à tirer de [l’acte délibéré de M. Sekhon de séparer la télécommande de la clé] est que l’accusé a voulu l’éloigner de la camionnette parce qu’elle donnait accès au compartiment secret et qu’il ne voulait pas que celui-ci soit découvert » (d.a., vol. I, p. 31). Cette seule inférence permet pratiquement de conclure à la culpabilité de M. Sekhon.

[56] Mais il ne s’agit évidemment pas du seul élément de preuve. M. Sekhon est empêtré dans un enchevêtrement d’éléments de preuve circonstancielle et ne peut s’en échapper. À cet égard, il importe de signaler qu’au moment de considérer l’application du deuxième volet de la disposition réparatrice dans le cas d’une preuve circonstancielle, il faut examiner l’ensemble des éléments admissibles pour apprécier la solidité de la preuve. La Cour d’appel n’a pas à considérer chacun des éléments de la preuve et à rechercher une éventuelle explication qui innocenterait l’accusé. S’il en allait ainsi, il serait pratiquement impossible de satisfaire aux conditions d’application du deuxième volet de la disposition réparatrice dans tous les cas où la preuve est circonstancielle.

[57] Enfin, les propos du juge Binnie dans *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 46, repris dans *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505, par. 24, me paraissent indiqués en l’espèce :

Ordonner la tenue d’un nouveau procès soulève des questions importantes relativement à l’administration de la justice et à l’affectation adéquate des ressources. Si la preuve contre l’accusé est forte et qu’il n’y a aucune possibilité réaliste qu’un nouveau procès aboutisse à un verdict différent, il est manifestement dans l’intérêt public d’éviter les coûts et retards qu’entraînent des procédures supplémentaires. C’est ce que le législateur a prévu. [Je souligne.]

B. L’application du droit à la preuve

[49] Avec ce contexte, je traiterai de la preuve qui a été présentée de manière appropriée au comité.

[50] D’abord et avant tout, il y a la preuve d’images de pornographie juvénile explicite sur le téléphone intelligent de l’appelant. Avec égards, j’estime que cette preuve est une preuve accablante de la culpabilité de l’accusé, compte tenu de l’ensemble de la preuve relative au téléphone intelligent qui a été présentée.

[51] The accused acknowledges that these images are pornographic; that the smartphone is his, and that he downloaded all the images that are on his phone. The only thing he contests is that he was knowingly in possession of that pornography.

[52] What then is the evidence from the smartphone itself that the appellant was knowingly in possession of child pornography?

[53] There is the evidence from the accused himself that, when downloading pornography, he accessed porn sites labelled “teenagers”. Taking the labelling at its word, such sites could contain pornography involving children as young as 13, 14, 15, 16 and 17, all of which constitutes child pornography. An individual accessing such sites presumably knows the risks involved. A trier of fact is entitled to take that information into account in determining if an individual accused is knowingly in possession of child pornography.

[54] The accused testified that, although, it was his custom to view pornography that he had downloaded in port at the end of his shifts while he was at sea, he did not watch any such materials during the two days while he was at sea after the ship left port on this occasion. The undisputed evidence is that, because he was at sea in a steel-hulled vessel, there was no access to the internet while he was at sea and this would have been known to the appellant. While at sea, the appellant could not be telephoning anyone, receiving messages, or accessing the internet. Yet, the evidence was that his smartphone was not stowed, but had physically migrated to the area between the accused’s sleeping area and that of another military member’s. The trier of fact was entitled to take the evidence concerning where the smartphone was found into account in determining whether the accused had, in fact, viewed images on his smartphone while he was at sea.

[55] The expert evidence was that some images on the accused’s smartphone had been deleted. The fact that some images had been deleted was not challenged. However, the accused testified that he had not deleted any images. Relying on all of the evidence put before it about the accused’s smartphone, the trier of fact was entitled to come to its own conclusion about whether the accused

[51] L’accusé reconnaît que ces images sont de nature pornographique, que le téléphone intelligent est le sien et qu’il a téléchargé toutes les images qui s’y trouvent. Il conteste seulement le fait qu’il était sciemment en possession de ce matériel pornographique.

[52] Quelle est alors la preuve tirée du téléphone intelligent lui-même qui démontre que l’appelant était sciemment en possession de pornographie juvénile?

[53] Il y a le témoignage de l’accusé lui-même, selon lequel il accédait à des sites pornographiques et cherchait des [TRADUCTION] « adolescentes ». Il pouvait donc s’agir d’adolescentes de moins de 18 ans, ce qui serait de la pornographie juvénile. La personne qui accède à ces sites connaît probablement les risques qu’elle court. Le juge des faits a entièrement le droit de tenir compte de ces renseignements lorsqu’il décide si un accusé est sciemment en possession de pornographie juvénile.

[54] L’accusé a témoigné qu’il avait l’habitude de regarder le matériel pornographique qu’il avait téléchargé au port après ses quarts de travail en mer, mais qu’il ne l’avait pas fait pendant les deux jours durant lesquels il était en mer après que le navire avait quitté le port cette fois-là. Selon la preuve non contestée, puisque l’appelant était à bord d’un navire à coque d’acier, il n’avait pas accès à Internet en mer, et l’appelant l’aurait su. Pendant qu’il était en mer, l’appelant ne pouvait pas téléphoner, recevoir des messages ou accéder à Internet. La preuve indiquait cependant que son téléphone intelligent n’avait pas été rangé, mais qu’il se trouvait entre l’endroit où dormait l’appelant et celui où dormait un autre matelot. Le juge des faits avait le droit de prendre en compte la preuve concernant l’endroit où le téléphone intelligent avait été trouvé pour décider si l’accusé avait en fait regardé les images sur son téléphone intelligent pendant qu’il était en mer.

[55] Selon la preuve d’expert, certaines images se trouvant sur le téléphone intelligent de l’accusé avaient été supprimées. Ce fait n’a pas été contesté. L’accusé a toutefois témoigné qu’il n’avait supprimé aucune image. S’appuyant sur l’ensemble de la preuve qui lui avait été présentée au sujet du téléphone intelligent de l’accusé, le juge des faits pouvait tirer sa propre conclusion au

had deleted any images. If the trier of fact concluded that the accused had deleted certain images, this would, of course, have allowed the panel to conclude that the accused had trolled through the images on his phone—giving him knowledge of what kind of pornography he had on his phone—before deleting some of them.

[56] The only evidence that the first of the child pornography images on the accused’s smartphone was the last thing viewed on the smartphone just before it was closed was provided by the witness Butchers; however, this use of smartphones is a matter which is within the potential personal experience of members of the panel and on which the panel was entitled to come to its own conclusions.

[57] Was this evidence—arising from the smartphone itself—sufficient for a properly instructed jury to conclude that the appellant had the necessary *mens rea* in relation to the child pornography offences? In my respectful view, it was. Although it is admittedly all circumstantial evidence, that evidence is powerful.

[58] In addition to the evidence derived from the smartphone itself is the evidence of the accused’s admission of knowingly being in possession of child pornography made to the accused’s former girlfriend.

[59] I agree with the appellant that, in the circumstances here, the re-examination answer, “Yes”, could be construed by the trier of fact as an admission by the accused to his former girlfriend that he knowingly accessed and possessed child pornography. With respect, the trial judge’s conclusion that the evidence was too vague to be a confession is not, in my respectful view, reasonable. The trial judge presumably was of the view that the words “do those things” might refer only to what the accused has admitted doing, which was downloading porn which is, of course, not illegal and could not be the subject of allegations of wrongdoing. However, the trial judge himself subsequently referred to the evidence on the re-examination as potentially going to the *mens rea* of the offence as well as to the *actus reus* and to it being “prejudicial”. The evidence could only be prejudicial

subject de la question de savoir si l’accusé avait supprimé des images. Si le juge des faits avait conclu que l’accusé avait supprimé certaines images, le comité aurait évidemment pu conclure que l’accusé avait regardé les images se trouvant sur son téléphone — ce qui lui aurait permis de connaître le type de pornographie qu’il avait sur son téléphone — avant d’en supprimer certaines.

[56] Le témoin Butchers a fourni le seul témoignage selon lequel les premières images de pornographie juvénile apparaissant sur le téléphone intelligent de l’accusé étaient les dernières qui avaient été regardées avant que le téléphone soit éteint. Cependant, cette utilisation des téléphones intelligents est une question qui relève de l’expérience personnelle des membres du comité et à l’égard de laquelle le comité pouvait tirer ses propres conclusions.

[57] Cette preuve, qui provenait du téléphone intelligent lui-même, était-elle suffisante pour qu’un jury ayant reçu les directives appropriées conclue que l’appelant avait la *mens rea* requise relativement aux infractions de pornographie juvénile? En toute déférence, j’estime qu’elle l’était. Il est vrai qu’il s’agit d’une preuve entièrement circonstancielle, mais cette preuve est forte.

[58] À cette preuve provenant du téléphone intelligent lui-même s’ajoute la preuve de l’aveu fait par l’accusé à son ancienne petite amie qu’il savait qu’il était en possession de pornographie juvénile.

[59] Je conviens avec l’appelant que, dans les circonstances, la réponse affirmative donnée lors du réinterrogatoire pouvait être interprétée par le juge des faits comme un aveu fait par l’accusé à son ancienne petite amie qu’il avait sciemment accédé à de la pornographie juvénile et qu’il en avait en sa possession. Avec égards, la conclusion du juge de première instance selon laquelle la preuve était trop imprécise pour constituer un aveu n’est pas raisonnable. Le juge de première instance était probablement d’avis que les mots [TRADUCTION] « avait fait ces choses » pouvaient peut-être faire référence à ce que l’accusé avait admis avoir fait, à savoir télécharger de la pornographie, ce qui, bien sûr, n’est pas illégal et ne pourrait pas faire l’objet d’accusations. Cependant, le juge de première instance a lui-même mentionné par la suite que la preuve obtenue au cours du réinterrogatoire

if it was an admission of wrongdoing rather than an acknowledgement of an allegation.

[60] However, in deciding the prejudicial effect of what the Crown admitted was inadmissible evidence, the Military Judge had to determine how the impugned evidence related to the witness' admissible evidence. It may be that the former girlfriend's evidence was not helpful to the Crown and that she was uncomfortable in her role as witness; however, the trier of fact was entitled to assess all of her evidence and make its own decision about whether her evidence was helpful or not. As indicated above, that evidence arguably went beyond a mere assertion that the accused told her only about allegations and never discussed with her whether he had actually done what it was alleged that he had done. Indeed, that was precisely the objective of the cross-examination: to try to pin down whether, when all was said and done, the only thing which the accused had told his former girlfriend was that allegations had been made against him; if there had been no other way to interpret the witness' evidence in chief, the cross-examination would not have been necessary.

[61] Seen from that perspective, the Military Judge might even have come to the conclusion that the re-examination did, in fact, "arise out of the cross-examination". The scope of re-examination is fairly broad as can be seen from the following extract from Watt J.A.'s reasons in *R. v. Candir*, 2009 ONCA 915:

The Principles Applied

[148] It is fundamental that the permissible scope of re-examination is linked to its purpose and the subject-matter on which the witness has been cross-examined. The purpose of re-examination is largely rehabilitative and explanatory. The witness is afforded the opportunity, under questioning by the examiner who called the witness in the first place, to explain, clarify or qualify answers given in cross-examination that are considered damaging to the examiner's case. The examiner has no right to introduce

pouvait démontrer la *mens rea* ainsi que l'*actus reus* et qu'elle pouvait être [TRADUCTION] « préjudiciable ». La preuve pouvait être préjudiciable seulement s'il s'agissait d'un aveu d'une allégation plutôt que d'une reconnaissance d'une allégation.

[60] Toutefois, en déterminant l'effet préjudiciable de ce qui, selon la Couronne même, était une preuve inadmissible, le juge militaire devait décider de quelle manière la preuve contestée était liée à la preuve admissible du témoin. Il est possible que le témoignage de l'ancienne petite amie n'ait pas été utile à la Couronne et qu'elle n'ait pas été à l'aise dans le rôle de témoin, mais le juge des faits avait le droit d'apprécier l'ensemble de son témoignage et de décider lui-même si cette preuve était utile ou non. Comme il a été indiqué précédemment, cette preuve n'indique peut-être pas uniquement que l'accusé lui ait fait part des allégations et n'avait jamais discuté avec elle de la question de savoir s'il avait vraiment fait ce qui lui était reproché. En fait, il s'agissait précisément du but du contre-interrogatoire : essayer d'établir si, au bout du compte, la seule chose que l'accusé avait dite à son ancienne petite amie était que des allégations avaient été formulées contre lui; s'il n'y avait pas eu une autre façon d'interpréter le témoignage principal du témoin, le contre-interrogatoire n'aurait pas été nécessaire.

[61] En conséquence, le juge militaire aurait même pu parvenir à la conclusion qu'en fait le réinterrogatoire « découlait du contre-interrogatoire ». La portée du réinterrogatoire est relativement large, comme il ressort de l'extrait suivant des motifs du juge Watt dans *R. c. Candir*, 2009 ONCA 915 :

[TRADUCTION]

Les principes applicables

[148] Il est fondamental que la portée admissible du réinterrogatoire est liée à son but et à la matière sur laquelle le témoin a été contre-interrogé. Le but du réinterrogatoire est principalement de rétablir et d'expliquer. Le témoin a alors l'occasion, grâce aux questions posées par l'examinateur qui l'a convoqué, d'expliquer, de clarifier ou de nuancer les réponses données lors du contre-interrogatoire qui sont considérées comme dommageables pour la thèse de l'examinateur. Ce dernier n'a pas le droit d'aborder

new subjects in re-examination, topics that should have been covered, if at all, in examination in-chief of the witness. A trial judge has a discretion, however, to grant leave to the party calling a witness to introduce new subjects in re-examination, but must afford the opposing party the right of further cross-examination on the new facts: *R. v. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541 (Ont. C.A.), at p. 568. [Emphasis added.]

[62] I might add parenthetically that the defence also initially objected to the re-examination evidence on the grounds that it was produced as a result of a leading question. In his decision denying the application for a mistrial, the trial judge did not specifically address the effect of a leading question. I assume that the trial judge implicitly ruled, rightly in my view, that the leading question issue posed no serious problem. Evidence obtained by a leading question is not inadmissible; rather, it is up to the trier of fact to consider whether the weight of the answer is negatively affected by the way in which it was produced: *R. v. Bhardwaj*, 2008 ABQB 504, 456 A.R. 313, at paragraph 45; *R. v. Gordon-Brietzke*, 2012 ABPC 221, 547 A.R. 260, at paragraphs 41 to 57; *R. v. Parkes*, 64 W.C.B. (2d) 246, 2005 CanLII 5876 (ON SC), at paragraph 44; Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5th ed., loose leaf revision 2013-4. Toronto: Canada Law Book, 2013, at pages 21-8 to 21-16.

[63] Not surprisingly, however, given the position taken by the Crown, in the event the Military Judge agreed that the impugned evidence was inadmissible. This does not mean, however, that in making his subsequent decisions, the Military Judge would not have taken all of the pertinent circumstances, including the entirety of the former girlfriend's evidence, into account. What he did do was to immediately instruct the panel that they were to ignore the evidence of the re-examination: see Appendix A, concluding remarks. This instruction was immediate, stern and comprehensive.

[64] The panel was not a typical jury: it was made up of military officers, none below the rank of captain. This was, therefore, a type of "blue ribbon panel": not

de nouveaux sujets au cours du réinterrogatoire, soit des sujets qui auraient dû être traités, le cas échéant, lors de l'interrogatoire principal du témoin. Le juge de première instance a cependant le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la partie qui convoque un témoin à aborder de nouveaux sujets au cours du réinterrogatoire, mais il doit accorder à l'autre partie le droit de procéder à un autre contre-interrogatoire sur les nouveaux faits : *R. c. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541 (C.A. Ont.), page 568. [Je souligne.]

[62] J'ajoute incidemment que la défense s'est initialement également opposée à la preuve obtenue lors du réinterrogatoire au motif qu'elle découlait d'une question suggestive. Dans sa décision de rejeter la demande d'annulation du procès, le juge de première instance n'a pas expressément traité de l'effet d'une question suggestive. Je suppose qu'il a implicitement décidé — à juste titre, à mon avis — que la question suggestive ne causait aucun problème grave. La preuve obtenue grâce à une question suggestive n'est pas inadmissible : il appartient plutôt au juge des faits de déterminer s'il faut accorder moins de poids à la réponse en raison de la manière dont la question a été posée : *R. v. Bhardwaj*, 2008 ABQB 504, 456 A.R. 313, au paragraphe 45; *R. v. Gordon-Brietzke*, 2012 ABPC 221, 547 A.R. 260, aux paragraphes 41 à 57; *R. v. Parkes*, 64 W.C.B. (2^d) 246, 2005 CanLII 5876 (ON SC), au paragraphe 44; Hill, S. Casey, David M. Tanovich et Louis P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5^e éd., feuilles mobiles, 2013-4. Toronto, Canada Law Book, 2013, aux pages 21-8 à 21-16.

[63] Sans surprise, cependant, compte tenu de la position adoptée par la Couronne, le juge militaire a convenu que la preuve en cause était inadmissible. Il ne s'ensuit pas cependant que le juge militaire n'aurait pas, en rendant ses décisions subséquentes, pris en compte toutes les circonstances pertinentes, notamment l'ensemble du témoignage de l'ancienne petite amie. Ce qu'il a fait, c'est donner immédiatement au comité la directive de ne pas tenir compte de la preuve obtenue lors du réinterrogatoire : voir l'annexe A, à la fin. Cette directive était complète et elle a été donnée de manière ferme et sans délai.

[64] Le comité n'était pas un jury typique. Il était formé d'officiers militaires dont aucun n'avait un grade inférieur à celui de capitaine. Il s'agissait donc d'un comité

only were these members of a uniformly high degree of achievement, as members of the military, they were presumably accustomed to obeying orders.

[65] The trial judge's assessment was that the panel had understood, and was prepared to abide by, his instruction to ignore the evidence: see the comments he made during his ruling on the mistrial application in the Appeal Book, Vol. IV, at page 635, as well as in Appendix B:

However, it is clear that the members of the panel have clearly expressed their understanding of the limiting instruction provided to them to ignore the inadmissible evidence.

[66] This conclusion by the Military Judge is not substantiated by any part of the formal record of proceedings. I assume that the trial judge meant that, from his personal observation of the panel while he was giving his instruction, it was clear to him—perhaps by nodding for example—that the panel understood his instructions. In this same context, I note that there is no evidence to support the defence contention that the panel might secretly refuse to follow instructions, or that a panel member would likely ignore instructions because of the high public disdain for the charges or that the military chooses inexperienced prosecutors resulting in ongoing prejudice to accused members.

[67] After hearing the application for a mistrial, the Military Judge gave a second mid-trial instruction to the panel: see Appendix B, concluding remarks. The proposed instruction was, in fact, given to the panel.

[68] In his summation to the panel, which is of course the equivalent of a charge to a jury, the Military Judge reviewed admissible trial evidence; he did not refer to the impugned evidence: see Appendix C.

[69] An appeal court in our position must engage in a two-step process: the first of which is to determine if an error was made and the second is to determine if the error, whether harmless or serious, results in a substantial wrong or miscarriage of justice. Indeed, because of the narrowness of the concept of “miscarriage

« trié sur le volet », dont les membres non seulement avaient eu beaucoup de succès au sein de l'armée, mais étaient probablement habitués à obéir aux ordres.

[65] Le juge de première instance a estimé que le comité avait compris sa directive de ne pas tenir compte de la preuve et qu'il était disposé à s'y conformer : voir les commentaires qu'il a faits lors de sa décision sur la demande d'annulation du procès : dossier d'appel, vol. IV, à la page 635, ainsi que l'annexe B :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute cependant que les membres du comité ont clairement exprimé qu'ils comprenaient la directive restrictive qu'ils avaient reçue de ne pas tenir compte de la preuve inadmissible.

[66] Cette conclusion du juge militaire n'est étayée par aucun élément du dossier officiel de l'instance. Je suppose que le juge de première instance voulait dire que, selon son observation personnelle du comité pendant qu'il donnait sa directive, il était clair pour lui que, en hochant la tête par exemple, les membres du comité avaient compris ses directives. Dans le même contexte, je constate qu'aucune preuve ne démontre, comme la défense le prétend, que le comité pourrait refuser secrètement de suivre les directives, ou qu'un membre du comité ne tiendrait probablement pas compte des directives en raison du mépris que suscitent les accusations, ou bien que l'armée choisit des poursuivants inexpérimentés, causant ainsi un préjudice constant aux membres accusés.

[67] Après avoir entendu la demande d'annulation du procès, le juge militaire a donné une deuxième directive au comité au cours du procès : voir l'annexe B, à la fin. La directive proposée a, de fait, été donnée au comité.

[68] Dans son résumé au comité, l'équivalent de l'exposé au jury, le juge militaire a passé en revue la preuve admissible présentée au procès; il n'a pas mentionné la preuve en cause : voir l'annexe C.

[69] Dans des circonstances comme celles en cause en l'espèce, une cour d'appel doit procéder en deux étapes : d'abord, décider si une erreur a été commise, puis déterminer si l'erreur, qu'elle soit bénigne ou grave, entraîne un tort important ou une erreur judiciaire grave. En fait, en raison de la portée étroite du concept d'« erreur

of justice”, the second step might be described generally as requiring an assessment of whether there has been a substantial wrong. Courts are also told that there will be no substantial wrong, even where a serious error has been committed if the evidence is “overwhelming” in favour of one result or another: see *Khan*, above.

[70] After reviewing the evidence and the positions of the parties, I have come to the conclusion that the Military Judge made no error when he exercised his discretion to deny the motion for a mistrial. He knew all of the evidence against the appellant arising from the smartphone itself and had heard the entirety of the former girlfriend’s evidence. The Military Judge was therefore in a privileged position to assess the possible impact of the mishap on the jury and the effectiveness of the sharp warning that he issued. I would defer to his conclusion that his immediate and mid-trial instructions to the panel to ignore the re-examination evidence was sufficient to remedy any ill effect that the inadmissible evidence might have had on the panel.

[71] If I were wrong in concluding that the Military Judge committed no error in denying the application for a mistrial, I would nevertheless rely on my assessment that the Military Judge’s error did not, in all the circumstances, constitute a substantial wrong. As I have explained above, in my view the evidence against the appellant was overwhelming. In my respectful view, in light of the powerful evidence against the accused, there is no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict than the one appealed from.

[72] For the foregoing reasons, I would deny the appeal.

judiciaire », il pourrait être possible de décrire en termes généraux la deuxième étape comme exigeant qu’il soit déterminé s’il y a eu un tort important. Les tribunaux doivent aussi considérer qu’il n’y a pas de tort important, même en présence d’une erreur grave, si la preuve est « accablante » dans un sens ou l’autre : voir *Khan*, précité.

[70] Après avoir examiné la preuve et les thèses des parties, je suis parvenue à la conclusion que le juge militaire n’a commis aucune erreur lorsqu’il a exercé son pouvoir discrétionnaire de rejeter la requête en annulation du procès. Il connaissait l’ensemble de la preuve tirée du téléphone intelligent qui avait été présentée à l’encontre de l’appelant et il avait entendu l’intégralité du témoignage de l’ancienne petite amie. Il se trouvait donc dans une position privilégiée pour évaluer l’effet possible de la mésaventure sur le comité et l’efficacité de la mise en garde sévère qu’il avait faite. Je suis d’avis de m’en remettre à sa conclusion selon laquelle les directives qu’il a données sans délai au comité pendant le procès de ne pas tenir compte de la preuve obtenue lors du réinterrogatoire étaient suffisantes pour corriger toute incidence défavorable que la preuve inadmissible pourrait avoir eue sur le comité.

[71] Si ma conclusion voulant que le juge militaire n’ait commis aucune erreur en rejetant la demande d’annulation du procès se révélait erronée, je m’appuierais tout de même sur mon appréciation selon laquelle l’erreur du juge militaire ne constituait pas, eu égard à l’ensemble des circonstances, un tort important. Comme je l’ai expliqué précédemment, j’estime que la preuve contre l’appelant était accablante. Avec égards, il n’existe en pratique aucune possibilité qu’un nouveau procès produise un verdict différent que celui faisant l’objet du présent appel, compte tenu de la preuve forte produite à l’encontre de l’accusé.

[72] Pour ces motifs, je rejetterais l’appel.

Appendix A

Extract from the testimony of J.J. (Appeal Book, Vol. III, at pages 519 to 524).

...

Q. Okay. I'm sorry. You say you got him a job at a grocery store? A. Yes.

Q. Whenabouts was that? A. I think I was about 15, so 2008.

Q. Okay. A. Sometime around there.

Q. All right. Now, at what point did your relationship-did your relationship develop further? A. At that time, briefly.

Q. Okay. So when did your relationship-if I-could I use the word "deepen" or ... A. Uh-huh.

Q. Okay. When did that begin? A. In 2011.

Q. Okay. And how would you describe the relationship at that point? A. We started talking again. We hadn't spoken for a while before that. We got talking, we started dating and the relationship continued from that point.

Q. Was there a sexual component to the relationship? A. Yes.

Q. Okay. Where did you live at that time? A. In Nanaimo with my parents.

Q. Oh, okay, with your parents. And are you aware of where he lived at that time? A. He was living, at first, in Montreal during his basic training and then when he came back he was living on the base here.

Q. Okay. Now, during that period did you-did Ordinary Seaman Cawthorne ever live with you? A. He didn't live with me, no, but whenever he came up to visit on weekends he'd stay either in my parents' house or at his parent's house.

Q. Now, during your relationship did you ever exchange emails, texts, things like that? A. Yeah.

Annexe A

Extrait du témoignage de J.J. (dossier d'appel, vol. III, aux pages 519 à 524).

[TRADUCTION]

[...]

Q. D'accord. Je suis désolé. Vous dites que vous lui avez trouvé un emploi dans une épicerie? R. Oui.

Q. Quand? R. Je pense que j'avais à peu près 15 ans, donc en 2008.

Q. D'accord. R. À peu près vers cet âge-là.

Q. Très bien. Maintenant, à partir de quel moment votre relation – votre relation a-t-elle évolué davantage? R. À cette époque-là, brièvement.

Q. D'accord. Donc à quel moment votre relation est-elle – puis-je employer l'expression « devenue plus profonde » ou ... R. Hum hum.

Q. D'accord. Quand cela a-t-il commencé? R. En 2011.

Q. Bien. Et comment décririez-vous la relation à ce moment-là? R. Nous avons commencé à parler à nouveau. Nous n'avions pas parlé pendant quelque temps avant ce moment. Nous avons parlé, nous avons commencé à nous fréquenter et la relation s'est poursuivie.

Q. Y avait-il un aspect sexuel à la relation? R. Oui.

Q. Très bien. Où habitiez-vous à l'époque? R. À Nanaimo avec mes parents.

Q. D'accord, avec vos parents. Et savez-vous où il habitait à cette époque? R. Il a d'abord vécu à Montréal pendant son instruction de base, puis, lorsqu'il est revenu ici, il a habité sur la base.

Q. D'accord. Pendant cette période, avez-vous – le matelot de 3^e classe Cawthorne a-t-il déjà habité avec vous? R. Il n'a pas habité avec moi, non, mais il habitait chez mes parents ou chez les siens chaque fois qu'il venait les week-ends.

Q. Pendant votre relation, avez-vous échangé des courriels, des messages textes, des choses comme ça? R. Ouais.

Q. Did you ever send photos back and forth to each other?
A. Probably.

Q. Okay. Did you ever—and I don't mean to be indelicate. Did you ever send pictures of yourself in, you know, in undress, you know, to your boyfriend, that sort of thing?
A. I don't remember.

Q. Okay. Is it possible you did? A. Possible, but I don't remember.

Q. Okay. Now, I understand that you and Ordinary Seaman Cawthorne had a discussion sometime in 2012?
A. Yes.

Q. Can you please describe for the court that discussion? Begin with when was this? A. It was in the lead-up to Christmastime.

Q. Okay. How close to Christmas? Do you recall? A. It was in the week before Christmas, sometime in there.

Q. Of what year? A. Twenty-twelve.

Q. Okay. And can you please describe this conversation or discussion as best you can recollect?

A. Kyle told me that he had something he wanted to tell me and he wanted to wait after Christmas to tell me, but I said, you know, if have something to tell me, just tell me, it's okay. So he sat me down and he told me that when he was taken off the ship, the ALGONQUIN, in Hawaii, it wasn't just because of depression and sea sickness, which is the reason I believed he was taken off. It was also because he'd been arrested for having inappropriate images on his phone. I don't remember the exact specific words he used in the conversation, but that was the gist of it.

Q. Did he ever say anything about having images on his phone? A. Not specifics that I can remember.

Q. Okay. And what else do you recall about that conversation? Where did it take place? A. It was in my house in my family room.

Q. Okay. And what happened after he told you this? A. I was very upset. I left the room and went to the washroom crying and I asked him to leave and he left at that point.

Q. Avez-vous déjà échangé des photos? R. Probablement.

Q. Très bien. Avez-vous déjà – et je ne veux pas être indélicat. Avez-vous déjà envoyé des photos de vous nue à votre petit ami, ce genre de chose? R. Je ne me rappelle pas.

Q. Très bien. Est-il possible que vous l'ayez fait? R. C'est possible, mais je ne me rappelle pas.

Q. Très bien. Je comprends que vous et le matelot de 3^e classe Cawthorne avez eu une discussion à un certain moment en 2012? R. Oui.

Q. Pouvez-vous décrire la teneur de cette discussion pour la cour? D'abord, à quel moment a-t-elle eu lieu?
R. Pendant la période précédant Noël.

Q. Très bien. Combien de temps avant Noël? Vous vous en souvenez? R. Pendant la semaine précédant Noël.

Q. De quelle année? R. 2012.

Q. Très bien. Et pouvez-vous décrire cette conversation ou cette discussion au mieux de votre connaissance?

R. Kyle m'a dit qu'il voulait me dire quelque chose et qu'il voulait attendre après Noël pour le faire, mais j'ai dit que s'il avait quelque chose à me dire, il n'avait qu'à le faire. Il m'a fait asseoir et il m'a dit que, lorsqu'il avait été débarqué du navire, le ALGONQUIN, à Hawaï, ce n'était pas seulement parce qu'il était dépressif et qu'il avait le mal de mer – je pensais qu'il avait été débarqué du navire pour ces raisons. C'était aussi parce qu'il avait été arrêté à cause des images inappropriées qu'il y avait sur son iPhone. Je ne me rappelle pas les mots exacts qu'il a employés, mais c'était là l'essentiel de la conversation.

Q. A-t-il déjà dit quelque chose au sujet de la présence de ces images sur son iPhone? R. Aucun détail dont je me souviens.

Q. Très bien. Et quel autre souvenir avez-vous de cette conversation? Où a-t-elle eu lieu? R. Chez moi, dans la salle familiale.

Q. Très bien. Et que s'est-il passé après qu'il vous a dit cela? R. J'étais bouleversée. J'ai quitté la pièce et je suis allée pleurer dans la salle de bain. Je lui ai demandé de partir, ce qu'il a fait.

Q. Did you see him again after that point? A. Yes.

Q. When did that take place? A. Later that day he came back to grab some things from my house and left to proceed to go back to Victoria. I went upstairs crying and told my mum what had happened and she called him to bring him back, because she didn't want him driving to Victoria in an upset state.

Q. Okay. And what—did he eventually go to Victoria or did he stay with you? What happened then?

A. He stayed over the Christmas period and then both Kyle and I went back to Victoria for a night at the end of Christmas and then I got upset and came back home a day early.

Q. Okay. Did you maintain your relationship with Ordinary Seaman Cawthorne after that?

A. Yes.

Q. Okay. For how long? A. About five, six months.

Q. And during that time or at any time did you ever discuss what he had told you again with him? A. Yes.

Q. And can you relate for us those discussions? A. I don't remember specifics of conversations, but I do remember a conversation where I asked him what types of images were on his phone.

Q. Okay. And what was his answer? A. I don't remember exactly what he said so I don't remember the specifics.

Q. What do you recall? A. He said they were children and I believe that he said they were both male and female.

Q. Okay. Did he say anything else? A. Not that I can recall.

Q. Now, when you were having these discussions with him, how clearly could you hear him?

A. What do you mean?

Q. Well, were—did this occur in a loud environment, a quiet environment? A. The initial conversation?

Q. L'avez-vous revu par la suite? R. Oui.

Q. Quand? R. Plus tard ce jour-là, il est revenu pour prendre certaines affaires qui se trouvaient chez moi et il est parti pour se préparer à retourner à Victoria. Je suis montée en haut pour pleurer et j'ai dit à ma mère ce qui s'était passé, elle l'a appelé pour lui demander de revenir parce qu'elle ne voulait pas qu'il conduise jusqu'à Victoria alors qu'il était bouleversé.

Q. Très bien. Et que — est-il finalement allé à Victoria ou est-il resté avec vous? Que s'est-il passé alors?

R. Il est resté pendant la période de Noël, puis moi et Kyle sommes retournés à Victoria pour passer une nuit à la fin du temps des Fêtes. Je suis revenue un jour plus tôt parce que j'étais bouleversée.

Q. Très bien. Avez-vous poursuivi votre relation avec le matelot de 3^e classe Cawthorne après cela?

R. Oui.

Q. Pendant combien de temps? R. Environ cinq, six mois.

Q. Et, durant ce temps ou à un autre moment, avez-vous discuté à nouveau avec lui de ce qu'il vous avait dit? R. Oui.

Q. Et pouvez-vous nous relater ces discussions? R. Je ne me rappelle pas les détails des conversations, mais je me rappelle bien une conversation au cours de laquelle je lui ai demandé quels types d'images il y avait sur son téléphone.

Q. Très bien. Et quelle a été sa réponse? R. Je ne me rappelle pas exactement ce qu'il a dit, de sorte que je ne me souviens pas des détails.

Q. Que vous rappelez-vous? R. Il a dit que c'était des enfants et je crois qu'il a dit qu'il y avait des garçons et des filles.

Q. D'accord. A-t-il dit autre chose? R. Pas que je me souviens.

Q. Maintenant, quand vous avez eu ces discussions avec lui, l'entendiez-vous bien?

R. Que voulez-vous dire?

Q. Bien — y avait-il beaucoup ou peu de bruit autour?
R. La première conversation?

Q. Let's start with that one, sure? A. That was a quiet environment. We were both alone in my home at the time.

Q. Okay. And again—okay. So with regards to that discussion, what words can you recall, if any, that he used? A. I don't remember.

Q. Okay. So the next—you say you had other discussions with him where this was talked about. How many of those discussions did you have? A. We would have had a couple at least. I don't remember numbers.

Q. Okay. And when he said that there—the discussion that you recall where he said that there were images of children, male and female, can you recall anything else about that discussion? A. No.

Q. Do you recall when that discussion was? A. I remember it was in my bedroom, but I don't remember a timeline.

Q. Okay. But would it have occurred during the period of your relationship? A. Yes.

Q. Okay. So you said five or six months your relationship continued after Christmas? A. Yes.

Q. Okay. If I may ask, how did your relationship end? A. I ended the relationship. I just—I couldn't—I didn't want—I ended the relationship because I didn't want his actions to come back onto me in the future.

PROSECUTOR (LCDR REEVES): Thank you. Those are my questions. My friend will have some questions for you I imagine.

MILITARY JUDGE: Mr. Defence Counsel.

CROSS-EXAMINED BY DEFENCE COUNSEL

Q. Thank you, Your Honour. Ma'am, you've referred to a few telephone—not telephone—a few meeting conversations that you had. I put it to you that in those conversations you were advised by the accused of what the allegations were against him? A. Yes.

Q. So though you don't recall the context of—the exact wording of those communications, in essence they were

Q. Commençons par celle-là. R. C'était tranquille. Nous étions seuls chez moi.

Q. D'accord. Et encore une fois – en ce qui concerne cette discussion, quels mots vous rappelez-vous qu'il a utilisés? R. Je ne me rappelle pas.

Q. D'accord. Donc la prochaine – vous dites que vous avez eu d'autres discussions avec lui au cours desquelles le même sujet a été abordé. Combien de ces discussions avez-vous eues? R. Quelques-unes au moins, je ne me rappelle pas combien.

Q. D'accord. Et lorsqu'il a dit qu'il – la discussion que vous vous rappelez au cours de laquelle il a dit qu'il y avait des images d'enfants, garçons et filles, vous rappelez-vous autre chose au sujet de cette discussion? R. Non.

Q. Vous rappelez-vous quand cette discussion a eu lieu? R. Je me rappelle que nous étions dans ma chambre, mais je ne me rappelle pas la date.

Q. D'accord. Mais a-t-elle eu lieu pendant votre relation? R. Oui.

Q. D'accord. Vous dites donc que votre relation a duré cinq ou six mois après Noël? R. Oui.

Q. Très bien. Si je peux me permettre, comment votre relation a-t-elle pris fin? R. J'y ai mis fin. J'ai juste – je ne pouvais pas – je ne voulais pas – j'ai mis fin à la relation parce que je ne voulais pas que ses actes se retournent contre moi dans l'avenir.

LE POURSUIVANT (CAPC REEVES) : Je vous remercie. Je n'ai pas d'autres questions. J'imagine que mon collègue a aussi des questions à vous poser.

LE JUGE MILITAIRE : Maître.

CONTRE-INTERROGATOIRE PAR L'AVOCAT DE LA DÉFENSE

Q. Je vous remercie, Monsieur le juge. Madame, vous avez mentionné quelques appels téléphoniques – non, pas des appels téléphoniques – quelques conversations que vous avez eues en personne. Je suppose que, au cours de ces conversations, l'accusé vous a dit quelles allégations étaient formulées contre lui? R. Oui.

Q. Donc, bien que vous ne vous rappeliez pas le contexte – les termes exacts employés pendant ces communications,

advising you of what allegations had been made against him? A. Yeah.

DEFENCE COUNSEL: Those are all of my questions for this witness, Your Honour.

MILITARY JUDGE: Re-examination.

RE-EXAMINED BY PROSECUTOR (LCDR REEVES)

Q. During any of those conversations, do you recall him saying that he did in fact do these things? A. Yes.

DEFENCE COUNSEL: Your Honour, I don't see how that's something arising from my question that wasn't already dealt with by the prosecutor in his examination-in-chief.

MILITARY JUDGE: Mr. Prosecutor.

PROSECUTOR (LCDR REEVES): Your Honour, I believe my friend's question was with reference to conversations: did he make—did he say that these were the allegations, and I simply asked, Did he also make the—say that he had in fact done these things. The—by stating “allegations” only, my friend left unclear, I submit, the rest of the conversation.

MILITARY JUDGE: Thank you for submissions. This question and this answer should be ignored by the panel. Clearly it does not arise from the cross-examination. Thank you very much. Thank you, ma'am. You may leave. [Emphasis added.]

Appendix B

Decision of the Military Judge on the application for a mistrial (Appeal Book, Vol. IV, at pages 633 to 641).

MILITARY JUDGE: Good morning, Ordinary Seaman Cawthorne. Counsel for the defence has presented an application at the end of the prosecution's case asking the court to declare a mistrial. Ordinary Seaman Cawthorne appears before the court—before this General Court Martial on charges laid under section 130 of the *National Defence Act*; namely, possession of child pornography under section—subsection 163.1(4) of the *Criminal Code* and

celles-ci avaient essentiellement pour but de vous informer des allégations faites contre lui? R. Ouais.

L'AVOCAT DE LA DÉFENSE : Je n'ai pas d'autres questions, Monsieur le juge.

LE JUGE MILITAIRE : Passons au réinterrogatoire.

RÉINTERROGATOIRE PAR LE POURSUIVANT (CAPC REEVES)

Q. Pendant ces conversations, vous rappelez-vous qu'il ait dit avoir fait ces choses? R. Oui.

L'AVOCAT DE LA DÉFENSE : Monsieur le juge, je ne vois pas en quoi il s'agit d'un aspect découlant de ma question qui n'a pas été abordé par le poursuivant dans son interrogatoire principal.

LE JUGE MILITAIRE : Monsieur le poursuivant.

LE POURSUIVANT (CAPC REEVES) : Monsieur le juge, je crois que la question de mon collègue concernait les conversations : a-t-il fait – a-t-il dit qu'il s'agissait des allégations, et j'ai simplement demandé s'il avait aussi – s'il avait fait ces choses. En employant le mot « allégations », mon collègue reste vague, à mon avis, en ce qui concerne le reste de la conversation.

LE JUGE MILITAIRE : Je vous remercie pour vos observations. Cette question et cette réponse ne devraient pas être prises en compte par le tribunal. Elles ne découlent clairement pas du contre-interrogatoire. Je vous remercie. Je vous remercie, Madame. Vous pouvez partir. [Je souligne.]

Annexe B

Décision du juge militaire concernant la demande d'annulation de procès (dossier d'appel, vol. IV, aux pages 633 à 641)

[TRADUCTION]

LE JUGE MILITAIRE : Bonjour, Monsieur Cawthorne. L'avocat de la défense a présenté une demande à la fin de l'exposé de la poursuite afin que la cour déclare le procès nul. Le matelot de 3^e classe Cawthorne comparait devant la cour – devant la présente cour martiale générale pour des accusations portées en vertu de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, à savoir possession de pornographie juvénile, une infraction prévue à l'article – au

accessing child pornography under subsection 163.1(4.1) of the *Criminal Code* respectively. The defence submits that inadmissible evidence presented during the trial, through the testimony of Ordinary Seaman Cawthorne's ex-girlfriend, is so prejudicial that the only remedy available consists in declaring a mistrial.

The facts in support of this application arose during the testimony of J.J. who was the accused's girlfriend at the time of the alleged offences. During her direct examination, counsel for the prosecution asked her if she had been made aware of the reasons behind his repatriation from the ALGONQUIN in July 2012, while the ship was in Hawaii. Although she could not remember the specifics of the conversation, she remembered that he told her that it was only—it was not only for reasons of depression or sea sickness, but also because he was arrested for having inappropriate images of children, males and females, on his phone.

In cross-examination, defence counsel did not ask any question with regard to that statement, but he asked the witness if she had been advised by Ordinary Seaman Cawthorne of what were the allegations against him. She answered: Yes. Counsel for the defence did not ask any other question to the witness. Counsel for the prosecution asked one question in re-examination. This question and its answer to it are the basis of this application—for this application. Counsel for the prosecution asked, “During any of those conversations do you recall him saying that he did in fact those things?” And the witness promptly answered: Yes. Immediately after this answer, counsel for the defence objected on the sole basis that this evidence was inadmissible because it did not arise from the matters covered in cross-examination. The court sustained the objection made by the defence and immediately issued a limiting instruction to the panel to ignore both the question and the answer provided, and the court ascertained that the panel understood that limiting instruction. Shortly after, in absence of the panel, counsel for the defence informed the court that he wanted to make an application for mistrial, but that he was willing to wait at the end of the prosecution's case to present it. We are now at this stage of the proceedings.

The defence submits now that not only the inadmissible evidence was the result of improper cross-examination, which is acknowledged by the prosecution, but also that it was a leading question. He submits that the use of the noun “allegations” used during his cross-examination and the

paragraphe 163.1(4) du *Code criminel*, et accès à de la pornographie juvénile, une infraction prévue au paragraphe 163.1(4.1) du *Code criminel*. La défense fait valoir que la preuve inadmissible produite pendant le procès par l'ex-petite amie du matelot de 3^e classe Cawthorne est préjudiciable au point où la seule mesure de redressement possible consiste à déclarer le procès nul.

Les faits sous-tendant cette demande découlent du témoignage de J.J., la petite amie de l'accusé au moment des infractions alléguées. Au cours de son interrogatoire principal, le procureur de la poursuite a demandé à J.J. si elle connaissait les raisons pour lesquelles le matelot de 3^e classe Cawthorne avait été rapatrié alors qu'il se trouvait à bord du navire ALGONQUIN à Hawaï en juillet 2012. J.J. ne se rappelait pas les détails de la conversation, mais seulement que le matelot de 3^e classe Cawthorne lui avait dit que c'était seulement – ce n'était pas seulement parce qu'il était dépressif ou avait le mal de mer, mais aussi parce qu'il avait été arrêté pour avoir eu sur son téléphone des images inappropriées d'enfants, garçons et filles.

Lors du contre-interrogatoire, l'avocat de la défense n'a posé aucune question au sujet de cette déclaration, mais il a demandé au témoin si le matelot de 3^e classe Cawthorne lui avait dit quelle était la teneur des allégations formulées contre lui. Elle a répondu oui. L'avocat de la défense n'a posé aucune autre question au témoin et le procureur de la poursuite lui a posé une seule question dans le cadre du réinterrogatoire. Cette question et la réponse qui lui a été donnée constituent le fondement de la présente demande. Le procureur de la poursuite a demandé : [TRADUCTION] « Pendant ces conversations, vous rappelez-vous qu'il ait dit avoir fait ces choses? » Et le témoin a répondu rapidement oui. Immédiatement après cette réponse, l'avocat de la défense s'est objecté pour la simple raison que cette preuve était inadmissible parce qu'elle ne découlait pas des questions abordées au cours du contre-interrogatoire. La cour a admis l'objection de la défense et a immédiatement donné au tribunal une directive restrictive lui demandant de ne pas tenir compte de la question et de la réponse, et la cour s'est assurée que le tribunal comprenait cette directive. Peu de temps après et en l'absence du tribunal, l'avocat de la défense a informé la cour qu'il voulait demander l'annulation du procès, mais qu'il était disposé à attendre que la poursuite ait présenté ses arguments et ses éléments de preuve. Nous en sommes maintenant à cette étape de l'instance.

La défense fait maintenant valoir que, non seulement la preuve inadmissible découlait d'un contre-interrogatoire inapproprié – ce que la poursuite reconnaît – mais aussi que la question était suggestive. Elle soutient que l'emploi du nom « allégations » au cours du contre-interrogatoire

noun “things” used by the prosecution in re-examination caused an irreparable prejudice to the accused because the panel would erroneously apply a reasoning that would cause those “things” to constitute the very nature of the particulars of both charges on the charge sheet. Counsel for the defence is also submitting that he was deprived of re-examining the witness further to her answer in re-examination.

Counsel for the defence submits that the key issue in this trial relates to the elements dealing with the *mens rea* on both charges. In his view, the prosecution’s evidence is weak and the admissible—the inadmissible evidence could serve to improperly strengthen the prosecution’s case and its prejudice cannot be remedied other than by declaring a mistrial in the context of this General Court Martial, where the charges against the accused attract public disdain.

It is submitted that the limiting instruction provided to the panel was timely, delivered with sternness and authority, but, in retrospect, minimal. He argued that the only reason given to the panel for the limiting instruction was that the evidence was not the proper subject of cross-examination, although this was the only reason provided by the defence when he made his objection. Counsel for the defence suggested that he has observed some members of the panel looking at the accused in the different manner after hearing the inadmissible evidence.

Finally, the defence submits that he was aware of the potential that the witness could testify regarding a confession from the accused. He states that when the prosecution did not lead evidence of such confession in direct examination, counsel for the defence did not have to cover the area in cross-examination. He argues now that the admissible–inadmissible evidence would amount to this damaging confession and that he can no longer cross-examine the witness on that issue and he is deprived to make full answer and defence.

The prosecution acknowledged that the question was inappropriate but that the stern limiting instruction given to the panel to ignore both the question and the answer is sufficient in the circumstances. The prosecution submits that the defence was offered to recall the witness in any event. The prosecution submits that the evidence of this witness will be the subject of specific instructions to the panel by the presiding judge later in the proceedings and that both counsel will have the opportunity to address their

de l’accusé et du nom « choses » par la poursuite dans le cadre du réinterrogatoire a causé un préjudice irréparable à l’accusé, parce que le tribunal était susceptible d’appliquer à tort un raisonnement qui ferait en sorte que ces « choses » constituent la nature même des détails des deux chefs inscrits sur l’acte d’accusation. L’avocat de la défense soutient en outre qu’il n’a pas pu réinterroger le témoin à la suite de la réponse que celui-ci a donnée dans le cadre du réinterrogatoire.

L’avocat de la défense soutient que la question fondamentale en l’espèce concerne les éléments relatifs à l’intention coupable requise par les deux chefs d’accusation. À son avis, la preuve de la poursuite est faible et la – la preuve inadmissible pourrait servir à renforcer de manière inappropriée la thèse de la poursuite, et il ne peut être remédié au préjudice qu’elle pourrait causer qu’en déclarant le procès nul dans le contexte de la présente cour martiale générale, où les accusations portées contre l’accusé suscitent le mépris du public.

On fait valoir que la directive restrictive a été donnée au tribunal au moment opportun, de manière ferme et avec autorité, mais que, en rétrospective, elle était minimale. L’avocat de la défense prétendait que la seule raison qui a été donnée au tribunal pour la directive restrictive était que la preuve n’était pas le sujet sur lequel le contre-interrogatoire aurait dû porter, bien qu’il s’agissait de la seule raison qu’il a invoquée au soutien de son objection. L’avocat de la défense a laissé entendre qu’il s’était rendu compte que certains membres du tribunal regardaient différemment l’accusé après avoir entendu la preuve inadmissible.

Enfin, l’avocat de la défense soutient qu’il était conscient de la possibilité que le témoignage porte sur une confession de l’accusé. Il affirme que, lorsque la poursuite ne produit pas la preuve d’une telle confession lors de l’interrogatoire principal, l’avocat de la défense n’a pas à aborder cette question au cours du contre-interrogatoire. Il prétend maintenant que la preuve admissible – inadmissible équivaldrait à cette confession dommageable, qu’il ne peut plus contre-interroger le témoin à ce sujet et qu’il ne peut pas présenter une défense pleine et entière.

La poursuite a reconnu que la question était inappropriée, mais que la directive restrictive sévère donnée au tribunal de ne pas tenir compte de la question et de la réponse était suffisante dans les circonstances. Elle soutient que la défense a eu la possibilité de rappeler le témoin en tout état de cause. Elle soutient également que le témoignage de celui-ci fera l’objet de directives particulières données au tribunal par le juge de première instance plus tard au cours de l’instance et que les deux avocats auront la possibilité

concerns as it relates to the credibility and reliability of the witness' testimony. Prosecution concedes that the witness recollection of events was vague and that she was unable to answer several questions. He argues that the testimony of this witness will not be determinative to the issue identified as the key issue by the defence; namely, the *mens rea*. The prosecution submits that there is a considerable amount of evidence with regard to this element on both charges.

Firstly, I will briefly comment about the remark made by counsel for the defence that some members of the panel have looked at Ordinary Seaman Cawthorne in a different way after hearing the inadmissible evidence. This has not been observed from the bench. However, it is clear that the members of the panel have clearly expressed their understanding of the limiting instruction provided to them to ignore the inadmissible evidence. Whether this limiting instruction was insufficient in the circumstances and clearly requires an order declaring a mistrial is, however, a different issue.

Both parties have provided the court relevant jurisprudence in the context of mistrial application based on inadmissible evidence finding its way to a Court Martial panel. In the context of declaration of mistrial at a General Court Martial. The remarks made by Richards J.A. in *R. v. Dueck*, 2011 SKCA 45, at paragraph 30, illustrate the legal principles that apply in the circumstances:

The power to grant a mistrial is an inherent discretionary power of a trial judge. It can, of course, be exercised after inadmissible evidence is disclosed in circumstances where the disclosure could cause material prejudice to the right of a fair trial. However, a mistrial should be declared only in the "clearest of cases" where there has been a "fatal wounding of the trial process" which cannot otherwise be remedied.

The determination must involve a balancing of interests of the accused and those of public justice, see *R. v. D.*, (1987), 38 CCC (3d) 434, at page 445, the decision of the Ontario Court of Appeal. In the context of a jury trial or a General Court Martial, whether the right of the accused to make full answer and the defence is compromised to a degree that amounts to a fatal wounding of the trial process which cannot be salvaged by remedial measures other than by declaring a mistrial, these measures are the issuance of proper instructions to the jury or the panel of the Court Martial. It is important to state that in this case, such a

d'aborder les questions qui les préoccupent en ce qui concerne la crédibilité et la fiabilité de ce témoignage. La poursuite admet que le témoin n'avait qu'un vague souvenir des événements et qu'il n'a pas été en mesure de répondre à plusieurs questions. Le procureur de la poursuite affirme que ce témoignage ne sera pas déterminant quant à l'aspect fondamental selon la défense, à savoir l'intention coupable. La poursuite soutient qu'une preuve volumineuse a été présentée relativement à cet élément qui est requis par les deux chefs d'accusation.

En premier lieu, je formulerai de brefs commentaires sur la remarque faite par l'avocat de la défense selon laquelle certains membres du tribunal ont regardé différemment le matelot de 3^e classe Cawthorne après avoir entendu la preuve inadmissible. Ce changement n'a pas été observé par le juge. Il ne fait aucun doute cependant que les membres du tribunal ont clairement exprimé qu'ils comprenaient la directive restrictive de ne pas tenir compte de la preuve inadmissible qu'ils avaient reçue. La question de savoir si cette directive restrictive était insuffisante dans les circonstances et exige une ordonnance déclarant le procès nul est toutefois une autre affaire.

Les deux parties ont présenté à la cour des décisions judiciaires pertinentes dans le contexte d'une demande d'annulation de procès fondée sur une preuve inadmissible qui est soumise à un tribunal de la cour martiale. Dans le contexte d'une déclaration de nullité d'un procès par la cour martiale générale. Les remarques formulées par le juge Richards dans *R. c. Dueck*, 2011 SKCA 45, au paragraphe 30, illustrent les principes juridiques qui s'appliquent dans les circonstances :

The power to grant a mistrial is an inherent discretionary power of a trial judge. It can, of course, be exercised after inadmissible evidence is disclosed in circumstances where the disclosure could cause material prejudice to the right of a fair trial. However, a mistrial should be declared only in the "clearest of cases" where there has been a "fatal wounding of the trial process" which cannot otherwise be remedied.

À cette fin, il faut mettre en équilibre les intérêts de l'accusé et ceux servis par la justice publique, voir *R. c. D.*, (1987), 38 CCC (3d) 434, à la page 445, un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans le contexte d'un procès devant jury ou d'une cour martiale générale, où la question est de savoir si le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière est compromis d'une manière qui équivaut à une atteinte fatale à l'instruction à laquelle il ne peut être remédié qu'en déclarant le procès nul, ces mesures prennent la forme de directives appropriées données au jury ou au tribunal de la cour martiale. Il importe de

protective and limiting instruction was promptly given to the panel after the hearing of the inadmissible evidence.

Was this instruction sufficient to ensure a fair trial, and, if not, a repeat of that instruction or the issuance of additional instructions be sufficient in the context of the inadmissible evidence and its potential impact on the fairness of the trial? Well, counsel for the defence argued that considering the profound disdain associated with crimes related to child pornography, some members of the panel members of the Court Martial may now ignore to follow the limiting instruction of the presiding judge and nonetheless apply the inadmissible evidence during their deliberations. However, the court must examine the situation from the premise expressed by Dickson CJC, in the context of the use of prior convictions in *R. v. Corbett* 1988 1 SCR 670, and also in 41 CCC (3d) at page 385, at page 400-401 from the CCC:

[39] In my view, it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system. The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. The jury is, of course, bound to follow the law as it is explained by the trial judge. Jury directions are often long and difficult, but the experience of trial judges is that juries do perform their duty according to the law.

This rationale was adopted by Lebel J. in *R. v. Khan*, [2001] 3 SCR 823 and also in 160 CCC (3d), and that decision was cited by both counsel. So in that decision Lebel J. made the following comment or remark at paragraph 82:

[82] Thus, we should not presume that jurors are incapable of following instructions given by the judge. On the contrary, when the judge issues a clear and forceful warning about the use of some information, we are entitled to presume that it diminishes the danger that the jury will misuse this information when rendering its verdict.

The approach followed by Lebel J. in *Khan*, who dissented in the result, is appropriate in the context of an application for a mistrial resulting from inadmissible

mentionner que, en l'espèce, une directive protectrice et restrictive de ce genre a été donnée sans retard au tribunal après l'audition de la preuve inadmissible.

Cette directive était-elle suffisante pour garantir un procès équitable et, si ce n'est pas le cas, la répétition de cette directive ou la fourniture de directives additionnelles étaient-elles suffisantes compte tenu de la preuve inadmissible et de ses répercussions éventuelles sur l'équité du procès? L'avocat de la défense a fait valoir que, vu le profond mépris associé aux crimes relatifs à la pornographie juvénile, certains membres du tribunal de la cour martiale peuvent maintenant faire fi de la directive restrictive du juge de première instance et tenir tout de même compte de la preuve inadmissible pendant leurs délibérations. La cour doit cependant examiner la situation à partir du principe énoncé par le juge en chef Dickson dans le contexte de l'utilisation de déclarations de culpabilité antérieures dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 RCS 670, et aussi dans 41 CCC (3d) 385, aux pages 400 et 401 des CCC :

[39] Selon moi, on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys. Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le juge du procès. Les directives aux jurys sont souvent longues et ardues, mais l'expérience des juges confirme que les jurys s'acquittent de leurs obligations d'une manière conforme à la loi.

Ce raisonnement a été adopté par le juge Lebel dans *R. c. Khan*, [2001] 3 RCS 823, et aussi dans 160 CCC (3d). Dans cet arrêt cité par les deux avocats, le juge Lebel a fait la remarque ou le commentaire suivant au paragraphe 82 :

[82] Nous ne devons donc pas présumer que les jurés sont incapables de suivre les directives données par le juge. Au contraire, lorsque le juge fait une mise en garde claire et ferme sur l'utilisation de certains renseignements, nous pouvons présumer que le risque que le jury fasse mauvais usage de ces renseignements pour rendre son verdict s'en trouve réduit.

L'approche adoptée par le juge Lebel dans *Khan*, qui était dissident quant au résultat, est appropriée dans le contexte d'une demande d'annulation de procès découlant d'une

evidence that made its way to the panel. At paragraph 74 to 80, he wrote:

[74] Courts should refrain from devising any strict formula in order to determine whether a “miscarriage of justice” has taken place. Irregularities which can occur during a trial may take many unpredictable forms ... Some may impact the trial in a way which deprives the accused of a fair defence, while others are less significant, depending on the circumstances. The gravity of irregularities which may occur must inevitably be evaluated by courts on a case-by-case basis. This being said, certain elements can provide reference points in determining whether a miscarriage of justice has occurred.

[75] First, one should ask whether the irregularity pertained to a question which was, in law or in fact, central to the case against the accused. Thus, an irregularity which is related to a central point of the case is more likely to be fatal than one concerning a mere peripheral point (see e.g. *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008, at p. 1029). Of course, this issue will not always be absolutely determinative, and it is possible that a serious irregularity on a peripheral point can have rendered the trial unfair in reality or in appearance. Moreover, it is important to realize that some irregularities will not relate to a particular element in the case, but will rather create a general apprehension of unfairness on the whole of the case. This could occur, for instance, if jurors were led, through some irregularity, to feel greater sympathy for the Crown’s case in general or greater antipathy towards the accused.

[76] Second, the court of appeal should consider the relative gravity of the irregularity. How much influence could it have had on the verdict? What are the chances that the apprehended detrimental effect of the irregularity did in fact occur? How severe could these detrimental effects have been for the accused’s case? This is important not only in relation to an actual finding of unfairness, but also in relation to the appearance of unfairness. A single irregularity which is unlikely to have had any significant impact would seem to indicate to the reasonable observer that the trial appeared fair.

[77] When the court considers the gravity of the error, it should also consider the possible cumulative effect

preuve inadmissible entendue par le tribunal. Il a écrit aux paragraphes 74 à 80 :

[74] Les tribunaux devraient se garder d’élaborer une formule stricte pour décider si une « erreur judiciaire » est survenue. Les irrégularités susceptibles de survenir au cours d’un procès peuvent revêtir plusieurs formes imprévisibles. [...] Certaines d’entre elles peuvent influencer le procès d’une manière qui prive l’accusé d’une défense équitable, alors que d’autres sont moins importantes selon les circonstances. La gravité des irrégularités qui peuvent survenir doit inévitablement être appréciée par les tribunaux au cas par cas. Cela dit, certains éléments peuvent servir de points de référence sur la question de savoir si une erreur judiciaire a été commise.

[75] Premièrement, il y a lieu de se demander si l’irrégularité est liée à une question qui, sur le plan des faits ou du droit, était cruciale quant à la preuve produite contre l’accusé. Une irrégularité liée à un aspect crucial de l’affaire est donc plus susceptible d’être fatale qu’une autre touchant un aspect purement accessoire (voir p. ex. *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008, p. 1029). Il va de soi que cette question ne sera pas toujours absolument déterminante, et il est possible qu’une irrégularité grave liée à un aspect accessoire ait rendu le procès inéquitable dans les faits ou en apparence. Il est en outre important de reconnaître que certaines irrégularités ne porteront pas sur un aspect particulier de l’affaire, mais créeront plutôt une appréhension générale d’iniquité pour ce qui est de l’ensemble de l’affaire. Cela pourrait se produire notamment dans le cas où une irrégularité amènerait les jurés à ressentir une plus grande sympathie en général à l’égard des prétentions du ministère public ou une plus grande antipathie à l’égard de l’accusé.

[76] Deuxièmement, la cour d’appel devrait prendre en compte la gravité relative de l’irrégularité. Dans quelle mesure cette irrégularité a-t-elle pu influencer le verdict? Quelle est la possibilité que l’effet préjudiciable redouté de l’irrégularité se soit effectivement produit? À quel point ces effets préjudiciables ont-ils pu nuire à la cause de l’accusé? Cette démarche revêt de l’importance pour déterminer s’il y a eu non seulement iniquité dans les faits, mais également apparence d’iniquité. La présence d’une irrégularité isolée, qui n’était pas susceptible d’entraîner des conséquences importantes, laisserait l’observateur raisonnable croire que le procès était apparemment équitable.

[77] Lorsqu’elle apprécie la gravité de l’erreur, la cour devrait également prendre en considération l’effet

of several irregularities during the trial. Sometimes, a trial in which more than one error has occurred can be seen as unfair, even if these irregularities standing alone might not have been fatal on their own ... Conversely, when, apart from one alleged irregularity, the trial was otherwise error-free, the court may sometimes be justified in forgiving the error more easily.

[78] Third, one should be mindful of the type of trial during which the error has occurred. Was it a trial by jury or by a judge sitting alone? Sometimes, irregularities can have a more severe impact on the fairness of the trial when they occur during a trial before a judge and a jury. This is especially true considering that some irregularities can have a psychological effect, which we presume judges are more apt to overcome than juries. However, this question is not absolutely determinative, and some irregularities will render the trial unfair even if they occurred before a judge sitting alone, while other mistakes may not be fatal even if they took place before a jury. Thus, a well-instructed jury may have the capacity to overcome irregularities.

[79] Fourth, and related, is the possibility that the irregularity may have been remedied, in full or in part, at the trial. When the trial judge realizes that an irregularity has occurred, he or she may consider whether to declare a mistrial, but when possible, he or she may also attempt to remedy the error. The decision of whether or not to declare a mistrial falls within the discretion of the judge, who must assess whether there is a real danger that [the] trial fairness has been ... Although that discretion is not absolute, its exercise must not be routinely second-guessed by the court of appeal.

[80] A decision on whether an incident has affected trial fairness in a way which would warrant declaring a mistrial must take into account any corrective measure which has been brought, or could be brought, by the judge to remedy the irregularity ... Similarly, it is interesting to note that in decisions involving the possibility of granting a “stay of proceedings”, an inquiry into the possible alternative solutions available to remedy an apprehension of unfairness is also relevant ...

Of those four elements, the following are relevant in the context of a declaration of mistrial sought as a result of inadmissible evidence before a Court Martial panel: One, whether the irregularity pertained to a question which was,

cumulatif éventuel de plusieurs irrégularités survenues au cours du procès. Un procès dans le cadre duquel plus d'une erreur a été commise peut parfois paraître inéquitable, même si aucune irrégularité n'aurait été nécessairement fatale en soi. [...] Inversement, lorsque le procès est par ailleurs sans faille, hormis l'irrégularité reprochée, la cour peut parfois être fondée à pardonner l'erreur plus facilement.

[78] Troisièmement, il convient de garder à l'esprit le type de procès dans le cadre duquel l'erreur a été commise. S'agissait-il d'un procès devant jury ou devant un juge siégeant seul? Les irrégularités peuvent parfois avoir des conséquences plus graves sur l'équité du procès lorsqu'elles surviennent au cours d'un procès devant juge et jury. Cela est d'autant plus vrai que certaines irrégularités peuvent avoir un effet psychologique que les juges sont présumés plus aptes à surmonter que les jurés. Cependant, cette question n'est pas absolument déterminante, et certaines irrégularités auront pour effet de rendre le procès inéquitable même si elles se produisent devant un juge siégeant seul, alors que d'autres erreurs ne seront pas fatales même en présence d'un jury. Ainsi, un jury qui a reçu des directives appropriées peut surmonter certaines irrégularités.

[79] Quatrièmement et corrélativement, il se peut qu'il ait été remédié à l'irrégularité en tout ou en partie lors du procès. Lorsque le juge du procès se rend compte de l'existence d'une irrégularité, il peut envisager d'annuler le procès mais, dans la mesure du possible, il peut aussi tenter de remédier à l'erreur. La décision d'annuler le procès ou non relève du pouvoir discrétionnaire du juge, qui doit vérifier s'il existe un danger réel que l'équité du procès ait été compromise [...]. Même si ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu, la cour d'appel doit se garder d'en mettre systématiquement l'exercice en doute après coup.

[80] Pour décider si un incident a porté atteinte à l'équité du procès de manière à en justifier l'annulation, il faut tenir compte de toute mesure réparatrice que le juge a prise ou pouvait prendre afin de remédier à l'irrégularité [...]. De manière analogue, il est intéressant de noter que, dans les décisions mettant en cause la possibilité d'accorder la « suspension des procédures », un examen des solutions de rechange possibles pour remédier à une appréhension d'iniquité s'avère également pertinent [...].

Les éléments suivants parmi les quatre mentionnés ci-dessus sont pertinents dans le contexte d'une déclaration d'annulation de procès demandée en raison d'une preuve inadmissible présentée au tribunal d'une cour martiale :

in law or in fact, central to the case against the accused. Two, was it—what is the relative gravity of the irregularity? How much influence could it have on the finding of the panel? And three, can the irregularity create a general apprehension of unfairness on the whole of the case against the accused in permitting the panel to feel greater sympathy for the prosecution's case in general or greater antipathy towards the accused?

I have already stated that the court promptly issued a protective instruction to the panel immediately after the court had sustained the objection made by the defence. The panel was told to ignore both the question asked by the prosecution and the answer given by J.J. Although, I am not convinced that the inadmissible evidence is, in law or in fact, central to the case against the accused because of its inherent vagueness and questionable reliability, it definitely required a protective instruction that defence counsel described as being delivered with sternness and authority.

Nothing in the conduct of the members of the panel would provide the court with any reasonable suspicion that a member of the panel would not follow the instructions issued by the presiding judge at the time. However, I agree with counsel for the defence that the inadmissible evidence not only was the result of inappropriate cross-examination, but that its overall vagueness made it inherently unreliable and prejudicial.

It is fair to consider whether the inadmissible evidence has already created a general sense of unfairness against Ordinary Seaman Cawthorne. Unlike what defence counsel argued, that he has observed a change in the behavior of some members of the panel towards the accused after the instruction given to them to ignore the evidence ruled inadmissible, I had also the opportunity to observe any change in the behavior of the panel and I respectfully do not share the concerns of the defence counsel.

It's also relevant to remind counsel that prior to the application for mistrial and in the context of the frequent adjournments required to deal with legal issues in their absence, I have repeated my preliminary instruction, with the approval of counsel, that members of the panel ought not to speculate during their absence from the court and that they had to keep an open mind.

It's also important to note that later, of course, counsel will have the opportunity to make submissions at the end

premièrement, l'irrégularité était-elle liée à une question qui, sur le plan des faits ou du droit, était cruciale quant à la preuve produite contre l'accusé? Deuxièmement, était-elle – quelle est la gravité relative de l'irrégularité? Dans quelle mesure cette irrégularité a-t-elle pu influencer la conclusion du tribunal? Et troisièmement, l'irrégularité peut-elle créer une appréhension générale d'iniquité pour ce qui est de l'ensemble de l'affaire contre l'accusé en permettant au tribunal de ressentir une plus grande sympathie en général à l'égard des prétentions de la poursuite ou une plus grande antipathie à l'égard de l'accusé?

J'ai déjà affirmé que la cour a donné une directive protectrice au tribunal immédiatement après avoir admis l'objection de la défense. La cour a dit au tribunal de ne pas tenir compte de la question posée par la poursuite et de la réponse donnée par J.J. Bien que je ne sois pas convaincu que la preuve inadmissible soit, sur le plan des faits ou du droit, cruciale quant à la preuve produite contre l'accusé en raison de son imprécision et de sa fiabilité douteuse inhérentes, elle exigeait assurément une directive protectrice qui, selon l'avocat de la défense, a été donnée avec fermeté et autorité.

Rien dans la conduite des membres du tribunal ne donnerait à la cour des motifs raisonnables de soupçonner qu'un membre du tribunal ne suivrait pas les directives données par le juge de première instance à l'époque. Je conviens cependant avec l'avocat de la défense non seulement que la preuve inadmissible découlait d'un contre-interrogatoire inapproprié, mais aussi que son imprécision générale la rendait intrinsèquement préjudiciable et peu fiable.

Il est raisonnable de se demander si la preuve inadmissible a déjà créé une impression générale d'iniquité contre le matelot de 3^e classe Cawthorne. Contrairement à ce que l'avocat de la défense a prétendu – il a dit qu'il avait observé un changement dans l'attitude de certains membres du tribunal envers l'accusé après que ceux-ci avaient reçu la directive de ne pas tenir compte de la preuve jugée inadmissible, j'ai également eu la possibilité d'observer le comportement du tribunal et, en toute déférence, je ne partage pas cet avis.

Il convient également de rappeler aux avocats que, avant la présentation de la demande d'annulation de procès et compte tenu des nombreux ajournements nécessaires pour régler les questions de droit en leur absence, j'ai répété ma directive préliminaire, avec l'approbation des avocats, selon laquelle les membres du tribunal ne devaient pas émettre des hypothèses pendant leur absence de la cour et devaient garder l'esprit ouvert.

Il importe également de noter que les avocats auront évidemment la possibilité de présenter des observations

of the case for the defence or for the prosecution. They will then be offered to provide input concerning the final instructions that I intend to provide to the panel. These instructions will also serve to emphasize once again their duty to only consider the admissible evidence and make their decision without sympathy, prejudice or fear and to assess that evidence impartially and with an open mind.

However, coming back to this mistrial application, I consider that the evidence ruled inadmissible may be relevant to a central issue of this case; namely, the *mens rea*, but I would add that this evidence could also be relevant to the *actus reus* with regard to the element of possession. However, even if the instruction given immediately after the objection formulated by the defence was sufficient in my view to remove the panel from being exposed to that inadmissible evidence any longer, it may be reasonably prudent to issue a further protective instruction that will address the inherently unreliable aspect of the evidence already ruled inadmissible and strongly instruct the panel that they shall not consider any part of it and shall totally ignore it.

The court remains alive to the concerns raised by the defence, but it is my conclusion that the instruction already given and the forthcoming supplementary instruction that I have just mentioned will or are sufficient remedial measures in the circumstances. For these reasons the application is dismissed.

As I said, I will provide another mid-trial instruction with regard to the improper cross-examination of J.J. and I propose that this instruction will be the following: “You will recall that I have—or that I gave you a specific instruction after the testimony of J.J., a witness called by the prosecution. You will recall that I asked you to ignore the unique question and answer that arose from the re-examination of the witness by counsel for the prosecution because they were the product of improper cross-examination. This instruction remains, but I further instruct you that you shall not draw any inference against the accused from that inadmissible evidence because it is both unreliable and prejudicial. I therefore instruct you to completely and absolutely ignore this inadmissible evidence and you shall evacuate it from your mind if you have not already—if you had not already done so. Do you understand?”

So, this is the mid-trial instruction I intend to provide to the panel when they return and I will ask counsel to consider this mid-trial instruction and to provide any comments they feel is appropriate in the circumstances either to extend this mid-trial instruction or to modify it. Thank you very much. [Emphasis added.]

après avoir fait valoir leur point de vue, et notamment la possibilité de faire des suggestions concernant les directives finales que j’ai l’intention de donner au tribunal. Ces directives serviront également à faire ressortir à nouveau leur obligation de tenir compte seulement de la preuve admissible, de rendre leur décision sans sympathie, préjugé ou crainte et d’apprécier cette preuve de manière impartiale et avec l’esprit ouvert.

Cependant, en ce qui concerne la présente demande d’annulation de procès, j’estime que la preuve jugée inadmissible peut être pertinente au regard d’une question fondamentale en l’espèce, à savoir l’intention coupable. J’ajouterais cependant que cette preuve peut aussi être pertinente au regard de l’acte coupable relativement à l’élément de possession. Or, même si la directive donnée immédiatement après l’objection de la défense était suffisante, à mon avis, pour que le tribunal ne soit plus exposé à cette preuve inadmissible, il pourrait être raisonnablement prudent de donner une directive protectrice additionnelle concernant le manque de fiabilité inhérent de la preuve jugée inadmissible et de dire fermement au tribunal qu’il ne doit absolument pas tenir compte de celle-ci.

La cour est toujours sensible aux préoccupations soulevées par la défense, mais je conclus que la directive déjà donnée et la directive supplémentaire que je viens tout juste de mentionner sont ou seront des mesures de redressement suffisantes dans les circonstances. Pour ces motifs, la demande est rejetée.

Comme je l’ai dit, je donnerai, au cours du procès, une autre directive au sujet du contre-interrogatoire irrégulier de J.J. Je propose que cette directive soit libellée ainsi : « Vous vous rappellerez que je vous ai donné une directive particulière après le témoignage de J.J., un témoin appelé par la poursuite. Vous vous rappellerez que je vous ai demandé de ne pas tenir compte de la question et de la réponse découlant du réinterrogatoire du témoin par l’avocat de la poursuite, parce qu’elles résultaient d’un contre-interrogatoire irrégulier. Cette directive est toujours valide, mais je vous demande également de ne pas tirer une conclusion défavorable, à l’encontre de l’accusé, de cette preuve inadmissible, parce que celle-ci est préjudiciable et n’est pas fiable. Je vous demande donc de ne tenir aucun compte de cette preuve et de l’oublier complètement si vous ne l’avez pas déjà fait. Est-ce clair? »

Il s’agit donc de la directive que j’ai l’intention de donner aux membres du tribunal lorsqu’ils reviendront, et je demanderai aux avocats de l’examiner et de faire tout commentaire qu’ils estiment indiqué dans les circonstances, soit pour élargir la portée de cette directive, soit pour la modifier. Je vous remercie. [Je souligne.]

Appendix C

Excerpt from the Military Judge's summation relating to the testimony of the witness J.J. (Appeal Book, Vol. IV, at pages 723 and 724).

You heard the testimony of J.J. who claimed to have had conversations with Ordinary Seaman Cawthorne after the ALGONQUIN trip to Hawaii during the summer of 2012, where he would have told her something about the reason behind his repatriation from Hawaii. This subject would have been raised the first time in her home during the Christmas period of 2012. Although she could not remember the specifics of the conversation, she remembered that he told her that it was not only for reasons of depression or sea sickness, but also because he was arrested for having inappropriate images of children, males and females, on his phone. This subject would also have been discussed with him on a couple of occasions after.

You have to decide whether you believe Ordinary Seaman Cawthorne made the statement, or any part of it. Regardless of who the witness is, it is still up to you to decide whether you believe that witness' evidence. In cross-examination, defence counsel asked a question with regard to these conversations. He then asked the witness, J.J., if she had been advised by Ordinary Seaman Cawthorne of what were the allegations against him. She answered, "Yes". She also said that she later asked him what type of images was on Ordinary Seaman Cawthorne's phone. She stated again that she cannot remember the specific words that he told her then, but only that it involved children, males and females. She also said that she could not recall if Ordinary Seaman Cawthorne had said anything else.

In deciding whether Ordinary Seaman Cawthorne actually said these things, or any of them, use your common sense. Take into account the condition of Ordinary Seaman Cawthorne and of J.J. at the time of the conversation. Consider the circumstances in which the conversation or conversations took place. Bear in mind anything else that may make that witness' evidence more or less reliable. These conversations or discussions were not recorded and no notes were taken. J.J. testified that when the subject was raised the first time with respect that Ordinary Seaman Cawthorne had been arrested because inappropriate images were on his phone, she became very upset and left the room to go to the bathroom in her house. She could not remember specifically what was said at the time. Again, this conversation was not recorded and no

Annexe C

Extrait du résumé du juge militaire concernant le témoignage de J.J. (dossier d'appel, vol. IV, aux pages 723 et 724)

[TRADUCTION] Vous avez entendu le témoignage de J.J., qui prétendait avoir eu des conversations avec le matelot de 3^e classe Cawthorne après le voyage du navire ALGONQUIN à Hawaï pendant l'été 2012, au cours desquelles celui-ci lui aurait dit quelque chose au sujet de la raison de son rapatriement d'Hawaï. Ce sujet aurait été abordé la première fois chez elle au cours de la période de Noël 2012. Si elle ne pouvait pas se rappeler en détail la conversation, elle se souvenait qu'il lui avait dit que ce n'était pas seulement à cause d'une dépression ou du mal de mer, mais aussi parce qu'il avait été arrêté pour avoir eu des images inappropriées d'enfants, garçons et filles, sur son téléphone. Ce sujet a aussi fait l'objet de discussions entre eux à quelques reprises par la suite.

Vous devez décider si vous croyez que le matelot de 3^e classe Cawthorne a tenu ces propos ou une partie de ceux-ci. Sans égard à l'identité du témoin, il vous incombe toujours de décider si vous croyez le témoignage de cette personne. Lors du contre-interrogatoire, l'avocat de la défense a posé une question au sujet de ces conversations. Il a alors demandé au témoin, J.J., si le matelot de 3^e classe Cawthorne lui avait fait part de la teneur des allégations formulées contre lui. Elle a répondu oui. Elle a aussi dit qu'elle lui avait demandé par la suite quel type d'images se trouvaient sur son téléphone. Elle a affirmé de nouveau qu'elle ne se rappelait pas les termes précis qu'il avait utilisés, mais seulement que les images concernaient des enfants, garçons et filles. Elle a aussi dit qu'elle était incapable de se rappeler si le matelot de 3^e classe Cawthorne avait dit autre chose.

Pour décider si le matelot de 3^e classe Cawthorne a réellement dit ces choses, ou certaines d'entre elles, faites appel à votre bon sens. Tenez compte de la situation du matelot de 3^e classe Cawthorne et de celle de J.J. au moment de la conversation. Examinez les circonstances dans lesquelles la conversation ou les conversations se sont déroulées. Ayez à l'esprit toute autre chose qui pourrait rendre le témoignage de ce témoin plus ou moins fiable. Ces conversations ou discussions n'ont pas été enregistrées et aucune note n'a été prise. J.J. a déclaré que, lorsqu'il a été question la première fois du fait que le matelot de 3^e classe Cawthorne avait été arrêté parce que des images inappropriées se trouvaient sur son téléphone, elle est devenue bouleversée et a quitté la pièce pour se rendre à la salle de bain de sa maison. Elle ne pouvait pas se

notes were taken. In cross-examination, J.J. testified that Ordinary Seaman Cawthorne advised her of the allegations against him.

Unless you decide that Ordinary Seaman Cawthorne made a particular remark or statement, you must not use it against him in deciding this case. It is for you to decide whether you believe Ordinary Seaman Cawthorne made these statements, or any part of them. Regardless of who the witness is, it is still up to you to decide whether you believe that witness' evidence. And when I'm talking "witness" I'm talking about J.J. Unless you decide that Ordinary Seaman Cawthorne made a particular remark or statement, you must not use it against him in deciding this case.

It may also be possible that some or all of the statement made by—sorry—it may also be possible that some or all of the statement may help Ordinary Seaman Cawthorne in his defence. You must consider those remarks that may help Ordinary Seaman Cawthorne, along with all of the other evidence, unless you conclude that he did not make those statements. In other words, you must consider all the remarks that might help Ordinary Seaman Cawthorne even if you are not sure whether he said them.

rappeler exactement ce qui avait été dit à l'époque. Cette conversation non plus n'a pas été enregistrée et aucune note n'a été prise. Lors du contre-interrogatoire, J.J. a déclaré que le matelot de 3^e classe Cawthorne l'avait informée des allégations faites contre lui.

À moins que vous décidiez que le matelot de 3^e classe Cawthorne a fait une remarque ou une déclaration particulière, vous ne devez pas retenir celle-ci contre lui pour rendre une décision en l'espèce. Il vous appartient de décider si vous croyez que le matelot de 3^e classe Cawthorne a fait ces déclarations ou une partie de celles-ci. Sans égard à l'identité du témoin, il vous incombe toujours de décider si vous ajoutez foi au témoignage de ce témoin. Et lorsque je parle du « témoin », je parle de J.J. À moins que vous décidiez que le matelot de 3^e classe Cawthorne a fait une remarque ou une déclaration particulière, vous ne devez pas vous appuyer sur celle-ci contre lui pour rendre une décision contre lui en l'espèce.

Il est possible également que toutes les déclarations faites par – pardon – il est possible également que toutes les déclarations ou certaines d'entre elles aident le matelot de 3^e classe Cawthorne dans sa défense. Vous devez tenir compte des remarques qui peuvent aider le matelot de 3^e classe Cawthorne, ainsi que de tous les autres éléments de preuve, à moins que vous concluez qu'il n'a pas fait ces déclarations. En d'autres termes, vous devez tenir compte de toutes les remarques susceptibles d'aider le matelot de 3^e classe Cawthorne, même si vous n'êtes pas certain qu'il les a faites.