

R. v. Gagnon, 2018 CMAC 1

CMAC 577

Her Majesty the Queen

Appellant,

v.

Warrant Officer J.G.A. Gagnon

Respondent.

Heard: Quebec, Quebec, September 22, 2017.

Judgment: Ottawa, Ontario, January 31, 2018.

Present: Bell C.J., Bennett and Trudel J.J.A.

On appeal from a decision by a General Court Martial held on August 11, 2014 at Saint-Malo Armoury, Quebec acquitting the respondent Gagnon on a charge of sexual assault.

Sexual offences — Defence — Defence of honest but mistaken belief in consent — Statutory limitation of s. 273.2(b) of the Criminal Code — Was there sufficient evidence to give an air of reality to the defence based on consent, so it can be presented to the panel? — Reasons of the Chief Military Judge do not address the air of reality of the respondent's honest belief of the complainant's consent to each sexual act nor do they include any reason for submitting the defence to the panel in light of s. 273.2(b) of the Criminal Code — Omissions in reasons that constitute errors in law that have a sufficiently important bearing on the verdict to justify referring the matter for a new trial.

The prosecution is appealing the not guilty verdict of a charge of sexual assault under section 130 of the *National Defence Act* (NDA). The respondent allegedly sexually assaulted the complainant when they had sexual relations after the annual dinner for the permanent members of the Regiment. The main issue is whether the Chief Military Judge erred in law by submitting to the court martial panel a defence of honest belief in consent. The prosecution claims that the Chief Military Judge did not consider section 273.2 of the *Criminal Code* limiting the use of this defence and that the evidence was insufficient to establish the facial plausibility of the defence of honest but mistaken belief in consent.

R. c. Gagnon, 2018 CACM 1

CMAC 577

Sa Majesté la Reine

Appelante,

c.

Adjudant J.G.A. Gagnon

Intimé.

Audience : Québec (Québec), le 22 septembre 2017.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 31 janvier 2018.

Devant : Le juge en chef Bell et les juges Bennett et Trudel, J.C.A.

Appel de la décision d'une cour martiale générale tenue le 11 août 2014 au Manège militaire Saint-Malo (Québec), acquittant l'intimé Gagnon d'une accusation d'agression sexuelle.

Infractions à caractère sexuel — Défense — Moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement — Limitation statutaire de l'art. 273.2b) du Code criminel — La preuve était-elle suffisante pour rendre vraisemblable le moyen de défense fondé sur le consentement, et ainsi pouvoir la présenter au comité? — Les motifs du juge militaire en chef ne contiennent pas d'analyse sur la vraisemblance de la croyance de l'intimé quant à chacun des actes sexuels ni les raisons pour lesquelles la défense a été présentée au comité en regard de l'art. 273.2b) du Code criminel — Omissions dans les motifs constituant des erreurs de droit ayant une incidence suffisamment importante sur le verdict pour justifier le renvoi de l'affaire pour la tenue d'un nouveau procès.

La poursuite se pourvoit en appel du verdict de non-culpabilité à un chef d'accusation d'agression sexuelle en violation de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* (LDN). L'intimé aurait agressé sexuellement la plaignante lorsqu'ils ont eu des rapports sexuels après un dîner annuel des membres permanents de leur Régiment. La question en litige consiste à déterminer si le juge militaire a commis une erreur de droit en soumettant à l'appréciation du comité de la cour martiale le moyen de défense fondé sur la croyance au consentement. La poursuite allègue que le juge militaire n'a pas considéré l'article 273.2 du *Code criminel* qui limite l'utilisation de ce moyen de défense et que la preuve n'était pas suffisante pour établir la vraisemblance du moyen de défense fondé sur le consentement.

Held: Appeal allowed.

Per Trudel J.A. (Bennett J.A. concurring): The appeal is allowed, the verdict of not guilty is set aside and a new trial is ordered. The Chief Military Judge erred in law by submitting the defence of honest but mistaken belief in consent to the panel before considering the statutory limitations set out in section 273.2 of the *Criminal Code*. To determine whether there was sufficient evidence to give an air of reality to the defence based on consent, so it can go to the panel, the Chief Military Judge had to make sure the respondent believed the complainant consented to the sexual activities, that this belief was honest and unrelated to his self-induced intoxication or to his recklessness or wilful blindness, that there were not two diametrically opposed versions that could bar the defence and that the statutory limitation of paragraph 273.2(b) of the *Criminal Code* was not engaged. Regarding this last question, the honest but mistaken belief defence is only available to the accused if he took reasonable steps, under the circumstances, to ascertain the complainant's consent for each sexual act in the course of their activities. However, nowhere in his reasons did the Chief Military Judge address the air of reality of the respondent's honest belief of the complainant's consent to each sexual act, nor does he explain the reason for submitting the defence to the panel in light of paragraph 273.2(b) of the *Criminal Code*. These omissions correspond to errors in law that have a sufficiently important bearing on the verdict to justify referring the matter for a new trial.

Per Bell C.J. (dissenting): The Chief Military Judge correctly put to the committee the defence of honest but mistaken belief in consent; I would dismiss the appeal. First of all, a trial judge is presumed to know the law and do not have to explain in detail the process he followed in reaching a decision. Also, a judge has a duty to instruct the committee on all defences that have an air of reality, even if those defences were not raised by the accused. For there to be an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent, there must be evidence of lack of consent to the sexual acts, that, notwithstanding evidence of lack of consent, the accused honestly but mistakenly believed that the complainant was consenting, and that the evidence meets the criteria established by section 273.2 of the *Criminal Code*: the belief must not have arisen out of self-induced intoxication, recklessness or wilful-blindness and the accused must not have failed to take reasonable steps, in the circumstances known to him, to ascertain affirmatively that the complainant communicated consent. In this case, the testimony of the complainant is proof of her lack of consent, and the testimony of the accused is more than a bare assertion of

Arrêt : Appel accueilli

Motifs de la juge Trudel (la juge Bennett y ayant souscrit) : L'appel est accueilli, le verdict de non-culpabilité écarté et la tenue d'un nouveau procès ordonnée. Le juge militaire en chef a commis des erreurs de droit en soumettant au comité le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement avant d'avoir considéré les limitations statutaires prévues à l'article 273.2 du *Code criminel*. Pour déterminer si la preuve était suffisante pour rendre vraisemblable le moyen de défense fondé sur le consentement, et ainsi pouvoir la présenter au comité, le juge militaire en chef devait s'assurer que l'intimé croyait que la plaignante consentait aux activités sexuelles, que cette croyance était sincère et étrangère à l'affaiblissement volontaire de ses facultés ou à son insouciance ou aveuglement volontaire, qu'il n'existait pas de versions diamétralement opposées susceptibles de contrecarrer le moyen de défense et que la limitation statutaire de l'alinéa 273.2b) du *Code criminel* n'était pas en jeu. Concernant ce dernier critère, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement n'est à la portée d'un prévenu que si ce dernier a pris les mesures raisonnables, dans les circonstances, pour s'assurer du consentement de la partie plaignante à chaque acte sexuel au cours des rapports. Or, on ne trouve dans les motifs du juge militaire en chef aucune analyse sur la vraisemblance de la croyance de l'intimé quant à chacun des actes sexuels, pas plus qu'il n'explique la raison pour laquelle la défense sera présentée au comité en regard de l'alinéa 273.2b) du *Code criminel*. Ces omissions correspondent à des erreurs de droit qui ont une incidence suffisamment importante sur le verdict pour justifier le renvoi de l'affaire pour la tenue d'un nouveau procès.

Motifs du juge en chef Bell (motifs dissidents) : Le juge militaire en chef a eu raison de présenter le moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement au comité; je rejetterais donc l'appel. Tout d'abord, le juge de première instance est présumé connaître le droit et n'est pas tenu d'expliquer en détail le processus qu'il a suivi pour arriver à une décision. Également, le juge a l'obligation de présenter au comité tout moyen de défense vraisemblable, même s'il n'a pas été soulevé par l'une des parties. Pour qu'il y ait vraisemblance du moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement, il faut la preuve de l'absence de consentement aux actes sexuels, la preuve que, indépendamment de l'absence de consentement, l'accusé a cru sincèrement, mais de façon erronée, au consentement de la plaignante et une preuve qui satisfait les critères établis à l'article 273.2 du *Code criminel* : la croyance ne doit pas découler d'une intoxication volontaire, de l'insouciance ou de l'ignorance volontaire, et l'accusé ne doit pas avoir négligé de prendre les mesures raisonnables, dans les circonstances, pour confirmer de façon affirmative que la plaignante avait communiqué son consentement. En l'espèce, le témoignage

belief in consent; he described words and specific acts on the part of the complainant that led him to believe that she was consenting. Certain important aspects of the respondent's evidence were corroborated by the complainant. I am of the opinion that the respondent did not fail to take reasonable steps, in the circumstances known to him at the time, to ascertain that the complainant had affirmatively communicated, by words or conduct, her consent.

de la plaignante constitue un élément de preuve quant à son manque de consentement, et le témoignage de l'intimé va plus loin qu'une simple affirmation de croyance au consentement; il a relaté des paroles et des actes précis de la part de la plaignante qui l'ont amené à croire qu'elle était consentante. Certains éléments importants de la preuve de l'intimé ont été corroborés par la plaignante. Je suis d'avis que l'intimé n'a pas négligé de prendre les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer que la plaignante avait communiqué de façon affirmative, par des mots ou par sa conduite, son consentement.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(4), 273.1, 273.2, 273.2(b).
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 228, 230.1, 239.1(1).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(4), 273.1, 273.2, 273.2b).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 228, 230.1, 239.1(1).

CASES CITED

Pappajohn v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 120, 111 D.L.R. (3d) 1; *R. v. Armacki*, 2015 ONCA 910, 127 W.C.B. (2d) 607; *R. v. Barton*, 2017 ABCA 216, 354 C.C.C. (3d) 245; *R. v. Boucher*, [2005] SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, 39 D.L.R. (4th) 641; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, 1994 CanLII 127; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117, 179 O.A.C. 182 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 30158); *R. v. Despins*, 2007 SKCA 119, [2007] 299 Sask. r. 249; *R. v. Dippel*, 2011 ABCA 129, 281 C.C.C. (3d) 33; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777, 148 D.L.R. (4th) 662; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, 169 D.L.R. (4th) 193; *R. v. Flaviano*, 2013 ABCA 219, 309 C.C.C. (3d) 163 (aff'd 2014 SCC 14, [2014] 1 S.C.R. 270); *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702; *R. v. Gauthier*, 2013 SCC 32, [2013] 2 S.C.R. 403; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, 44 C.C.C. (3d) 193; *R. v. O'Brien*, 2011 SCC 29, [2011] 2 S.C.R. 485; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, 109 D.L.R. (4th) 478; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, 169 A.R. 241; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595; *R. v. T. (S.)*, 2015 MBCA 36, 319 Man. r. (2d) 22; *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *R. v. VandenElsen*, 175 O.A.C. 71, 2003 CanLII 3548; *R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38, [2013] 2 S.C.R. 639.

JURISPRUDENCE CITÉE

Pappajohn c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 120, 111 D.L.R. (3d) 1; *R. v. Armacki*, 2015 ONCA 910, 127 W.C.B. (2d) 607; *R. v. Barton*, 2017 ABCA 216, 354 C.C.C. (3d) 245; *R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, 39 D.L.R. (4th) 641; *R. c. Burns* [1994] 1 R.C.S. 656, 1994 CanLII 127; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. v. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117, 179 O.A.C. 182 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la Cour : 30158); *R. v. Despins*, 2007 SKCA 119, [2007] 299 Sask. R. 249; *R. v. Dippel*, 2011 ABCA 129, 281 C.C.C. (3d) 33; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, 148 D.L.R. (4th) 662; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, 169 D.L.R. (4th) 193; *R. v. Flaviano*, 2013 ABCA 219, 309 C.C.C. (3d) 163 (conf. par 2014 CSC 14, [2014] 1 R.C.S. 270); *R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702; *R. c. Gauthier*, 2013 CSC 32, [2013] 2 R.C.S. 403; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, 44 C.C.C. (3d) 193; *R. c. O'Brien*, 2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 109 D.L.R. (4th) 478; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, 169 A.R. 241; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595; *R. v. T. (S.)*, 2015 MBCA 36, 319 Man. R. (2d) 22; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *R. v. VandenElsen*, 175 O.A.C. 71, 2003 CanLII 3548; *R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] 2 R.C.S. 639.

AUTHORS CITED

Ferguson, Gerry A. and Michael R. Dambrot. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia. Roach, Kent. *Criminal Law*, 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*, loose-leaf. Toronto: Thomson Reuters, 2004.

COUNSEL

Major Dominic Martin, for the appellant.
Lieutenant-Commander Mark Létourneau
 and *Lieutenant-Colonel J-B. Cloutier*, for the respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment delivered by

TRUDEL J.A.:

I. Introduction

[1] The appellant, Her Majesty The Queen, is appealing the not guilty verdict by the General Court Martial in the case of the respondent, Warrant Officer J.G.A. Gagnon, who faced the following charge:

[TRANSLATION]

AN OFFENCE PUNISHABLE UNDER SECTION 130 OF THE *NATIONAL DEFENCE ACT*, THAT IS TO SAY, OF HAVING COMMITTED A SEXUAL ASSAULT CONTRARY TO SECTION 271 OF THE *CRIMINAL CODE*

Particulars: In that he, on December 15, 2011, at the Régiment de la Chaudière Armoury, Lévis, Province of Quebec, did sexually assault XXX XXX XXX Cpl S.V.R.

[2] In this case, the main issue is whether the Chief Military Judge erred in law by submitting to the court martial panel a defence of honest belief in consent. Specifically, did the Chief Military Judge err in law in the legal exercise that he undertook before ultimately concluding that this defence could be submitted to the court martial panel? This issue requires,

DOCTRINE CITÉE

Ferguson, Gerry A. et Michael R. Dambrot. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*. Vancouver, Continuing Legal Education Society of British Columbia. Roach, Kent. *Criminal Law*, 6^e éd. Toronto, Irwin Law, 2015.

Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*, feuilles mobiles. Toronto, Thomson Reuters, 2004.

AVOCATS

Major Dominic Martin, pour l'appelante.
Capitaine de corvette Mark Létourneau et
Lieutenant-colonel J-B. Cloutier, pour l'intimé.

Ce qui suit sont les motifs du jugement prononcés en français par

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. :

I. Introduction

[1] L'appelante, Sa Majesté la Reine, se pourvoit en appel de la légalité du verdict de non-culpabilité de la Cour martiale générale dans le dossier de l'intimé, l'adjudant J.G.A. Gagnon, lequel faisait face au chef d'accusation suivant :

UNE INFRACTION PUNISSABLE SELON L'ARTICLE 130 DE LA *LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE*, SOIT D'AVOIR COMMIS UNE AGRESSION SEXUELLE, CONTRAIREMENT À L'ARTICLE 271 DU *CODE CRIMINEL*

Détails : En ce que, le ou vers le 15 décembre 2011, au manège militaire du Régiment de la Chaudière, Lévis, province de Québec, il a agressé sexuellement le XXX XXX XXX Cpl S.V.R.

[2] En l'espèce, la question principale en litige est celle de savoir si la décision du juge militaire en chef est entachée d'une erreur de droit parce qu'il a soumis à l'appréciation du comité de la cour martiale le moyen de défense fondé sur la croyance au consentement. Plus particulièrement, y a-t-il eu erreur de droit dans l'exercice juridique auquel le juge militaire

inter alia, an analysis of the interaction between the air of reality test—was there evidence on which a properly instructed panel acting reasonably could acquit if it accepted it as true?—and the exclusions in section 273.2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (*Criminal Code*).

[3] With respect, in my view, the Chief Military Judge committed legal errors that justify a new trial with regard to the charge described above. The Chief Military Judge could not submit the defence to the panel before considering, at law, the statutory limitations set out in section 273.2 of the *Criminal Code*. Accordingly, I would allow the appeal.

II. The parties' positions

[4] The appellant summarizes her position at paragraph 13 of her Memorandum of Fact and Law:

[TRANSLATION]

13. The appellant's position is that, in her analysis regarding the air of reality of this defence, the military judge committed two errors: (1) he did not consider section 273.2 of the *Criminal Code*, which limits the use of this defence, (2) the evidence that the military judge relied upon was insufficient to establish the facial plausibility of the defence of honest but mistaken belief in consent. In the appellant's opinion, these two errors, individually or cumulatively, warrant this Court's intervention.

[5] As for the respondent, there is no specific legal argument in his Memorandum of Fact and Law that addresses the statutory limitations set out in section 273.2 of the *Criminal Code*.

[6] During the hearing before this Court, the respondent nevertheless stated that the air of reality test that the Chief Military Judge should have applied did not include the analysis of these statutory limitations, *inter alia*, the one that requires the accused to take

en chef s'est prêté avant d'en arriver à sa conclusion ultime que ce moyen de défense pouvait être présenté au comité de la cour martiale? Cette question requiert, entre autres, une analyse de l'interaction entre le test de la vraisemblance — la preuve permettrait-elle au comité ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement, s'il y ajoutait foi? — et les exclusions de l'article 273.2 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (*Code criminel*).

[3] Avec respect, je suis d'avis que le juge militaire en chef a commis des erreurs de droit justifiant la tenue d'un nouveau procès en regard du chef d'accusation décrit ci-haut. Le juge militaire en chef ne pouvait soumettre le moyen de défense au comité avant d'avoir considéré, en droit, les limitations statutaires prévues à l'article 273.2 du *Code criminel*. En conséquence, je propose d'accueillir l'appel.

II. La position des parties

[4] L'appelante résume sa position au paragraphe 13 de son mémoire des faits et du droit :

13. La position de l'appelante est que, lors de son analyse quant à la vraisemblance de ce moyen de défense, le juge militaire a commis deux erreurs : (1) il n'a pas considéré l'article 273.2 du *Code criminel* qui limite l'utilisation de ce moyen de défense, (2) la preuve sur laquelle s'est appuyé le juge militaire n'est pas suffisante pour établir la plausibilité apparente de la défense de croyance sincère, mais erronée au consentement. L'appelante est d'avis que ces deux erreurs individuellement ou cumulativement nécessitent l'intervention de cette Cour.

[5] Quant à l'intimé, on ne retrouve, dans son mémoire des faits et du droit, aucune représentation en droit particularisée en regard des limitations statutaires prévues à l'article 273.2 du *Code criminel*.

[6] Lors de l'audition devant nous, l'intimé précise cependant que le test de la vraisemblance que le juge militaire en chef devait appliquer n'inclut pas l'analyse de ces limitations statutaires, entre autres, celle voulant que l'accusé ait pris les mesures raisonnables

reasonable steps to ascertain consent. It was up to the triers of fact, namely, the members of the panel, to examine that limitation when assessing the evidence against the defence raised.

[7] While conceding that the Chief Military Judge does not discuss the statutory limitations of section 273.2 in his reasons, the respondent concludes that he correctly submitted the defence to the panel since the evidence in the record, considered most favourable for the accused, amply supports a conclusion that Warrant Officer J.G.A. Gagnon did not, in the circumstances, have to ascertain whether Corporal S.V.R. had consented.

III. Analysis

A. *The standard of review*

[8] The combined effect of sections 228 and 230.1 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, is such that the appeal filed by the Crown (the Minister, or counsel instructed by the Minister for that purpose, according to the wording of section 230.1) must raise questions of law or questions of mixed fact and law in the context, *inter alia*, of the legality of any verdict of not guilty.

[9] As this appeal raises a pure question of law, namely the identification of the test that applies to determine whether the defence could be submitted to the triers of fact, I propose that the issue be examined using the standard of correctness.

B. *Criminal law defences*

[10] The *Criminal Code* and the common law both recognize a certain number of defences to criminal charges. In this case, the Court is faced with a defence raised by Warrant Officer J.G.A. Gagnon that seeks to demonstrate that he did not have a culpable mental state (*mens rea*) and therefore did not commit the alleged offence because he had honest but mistaken belief that Corporal S.V.R. consented to the sexual activities that were discussed at length in the proceedings before the General Court Martial.

pour s'assurer du consentement. C'était aux juges des faits, soit aux membres du comité, de se pencher sur cette limitation lors de l'appréciation de la preuve en regard du moyen de défense soulevé.

[7] Tout en concédant que le juge militaire en chef ne discute pas dans ses motifs des limitations statutaires de l'article 273.2, l'intimé conclut que c'est à bon droit qu'il a soumis le moyen de défense au comité puisque la preuve au dossier, examinée sous l'angle le plus favorable à l'accusé, permet amplement de conclure que l'adjudant J.G.A. Gagnon n'avait pas, dans les circonstances, à vérifier le consentement de la caporale S.V.R.

III. Analyse

A. *La norme de contrôle*

[8] L'effet combiné des articles 228 et 230.1 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, fait en sorte que l'appel logé par la Couronne (le ministre ou un avocat à qui il a donné des instructions selon le libellé de l'article 230.1) doit porter sur des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait en matière, entre autres, de légalité de tout verdict de non-culpabilité.

[9] L'appel soulevant ici une pure question de droit, c'est-à-dire l'identification du test applicable pour déterminer si le moyen de défense pouvait être soumis aux juges des faits, je propose d'examiner cette question en utilisant la norme de la décision correcte.

B. *Les moyens de défense en droit criminel*

[10] Le *Code criminel* et la common law reconnaissent tous deux un certain nombre de moyens de défense aux accusations criminelles. Ici, nous sommes en présence d'un moyen de défense soulevé par l'adjudant J.G.A. Gagnon visant à démontrer qu'il n'a pas fait preuve d'un état d'esprit coupable (*mens rea*) et donc commis l'infraction reprochée puisqu'il avait la croyance sincère, quoiqu'erronée, que la caporale S.V.R. consentait aux activités sexuelles qui ont été longuement discutées au procès devant la Cour martiale générale.

[11] Given my conclusion and the proposed reasons underlying it, it is unnecessary to go over the factual framework, which is described at length in the Chief Military Judge's reasons and his instructions to the panel. I note, nevertheless, that there is no publication ban in this matter since Corporal S.V.R. waived it.

[12] In my opinion, a defence based on consent cannot be considered without specifically considering the statutory limitations provided by section 273.2 of the *Criminal Code*. Although section 273.2 does not codify *mens rea* in the context of sexual assault, the statutory limitations that it sets out are barriers, at law, to this defence.

[13] This section reads as follows:

273.2 It is not a defence to a charge under section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where

(a) the accused's belief arose from the accused's

(i) self-induced intoxication, or

(ii) recklessness or wilful blindness; or

(b) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting.

[14] I also mention that these statutory limitations are not in themselves new grounds to deny the accused the right to argue that he believed that there was consent. These limitations are implicitly included in subsection 265(4) of the *Criminal Code*, which codifies the common law rule on the sufficiency of evidence to determine whether the defence can legally be raised, and which also dictates the exercise that the trial judge must undertake when faced with this defence.

[11] Vu ma conclusion et les motifs proposés qui la sous-tendent, il ne m'est pas nécessaire de reprendre ici la trame factuelle longuement décrite dans les motifs du juge militaire en chef et dans ses directives aux membres du comité. Je rappelle, tout de même, qu'il n'y a pas d'ordonnance de non-publication dans cette affaire, la caporale S.V.R. y ayant renoncé.

[12] À mon avis, le moyen de défense fondé sur le consentement ne peut être considéré sans tenir spécifiquement compte des limitations statutaires qui y sont apportées par l'article 273.2 du *Code criminel*. Bien que l'article 273.2 ne soit pas une codification de la *mens rea* en matière d'agression sexuelle, les limitations statutaires qu'il prévoit sont un empêchement, en droit, de recourir à ce moyen de défense.

[13] Cet article se lit comme suit :

273.2 Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas :

a) cette croyance provient :

(i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés,

(ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire;

b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement.

[14] Je note aussi que ces limitations statutaires ne constituent pas en soi de nouveaux motifs pour refuser à un prévenu le droit de soulever qu'il croyait au consentement. Ces limitations sont implicitement incluses sous le paragraphe 265(4) du *Code criminel*, qui codifie la règle de common law en matière de suffisance de preuve pour déterminer si ce moyen de défense peut légalement être soulevé et qui dicte aussi l'exercice auquel le juge du procès doit s'astreindre lorsque confronté à ce moyen de défense.

[15] Subsection 265(4) states:

265(4) Where an accused alleges that he believed that the complainant consented to the conduct that is the subject-matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief.

B.1) *Defence based on consent and the air of reality test*

[16] A defence that does not have an air of reality must be removed from consideration by the jury. This is a question of law that requires the trial judge to first determine whether the evidence sought to be adduced is relevant and admissible, but especially whether it is sufficient to give rise to the defence. The accused bears a threshold evidential burden rather than a persuasive burden.

[17] In *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3 (*Cinous*), the Supreme Court of Canada notes a well-established principle regarding the application of the air of reality test: "The question is whether there is evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it accepted it as true." (at paragraph 86; see also *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702, at paragraph 14 (*Fontaine*)). A defence should not go to the jury if it does not satisfy this test and would only confuse the jury and muddy its deliberations.

[18] In this case, in order to determine whether there is sufficient evidence to give an air of reality to the defence based on consent, the Chief Military Judge had to, in my opinion, review the evidence in light of the following questions: (1) did the respondent believe that Corporal S.V.R consented to the sexual activities? (2) was this belief honest and unrelated to his self-induced intoxication or to his recklessness or wilful blindness? (3) does the evidence show two

[15] Le paragraphe 265(4) édicte :

265(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

B.1) *Le moyen de défense fondé sur le consentement et le test de vraisemblance*

[16] Un moyen de défense qui n'est pas vraisemblable doit être soustrait à l'appréciation du jury ou, en l'instance, le comité de la cour martiale. C'est là une question de droit qui requiert que le juge du procès détermine tout d'abord si la preuve qu'on cherche à présenter est pertinente et admissible, mais surtout si elle est suffisante pour appuyer le moyen de défense soulevé. Le fardeau de l'accusé en est un de présentation préliminaire et non de persuasion.

[17] Dans l'affaire *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3 (*Cinous*), la Cour suprême du Canada rappelle un principe bien établi quant à la façon d'appliquer le critère de la vraisemblance : « La question est de savoir s'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement, s'il y ajoutait foi » (au paragraphe 86; voir aussi *R. v. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702, au paragraphe 14 (*Fontaine*)). Il n'y a pas lieu de présenter à un jury un moyen de défense qui ne satisfait pas au critère et qui ne servirait qu'à semer la confusion et embrouiller ses délibérations.

[18] En l'instance, afin de déterminer si la preuve était suffisante pour rendre vraisemblable le moyen de défense fondé sur le consentement, le juge militaire en chef devait, à mon avis, revoir la preuve au regard des questions suivantes : (1) l'intimé croyait-il que la caporale S.V.R consentait aux activités sexuelles? (2) cette croyance était-elle sincère et étrangère à l'affaiblissement volontaire de ses facultés ou à son insouciance ou aveuglement volontaire? (3) la preuve

diametrically opposed versions that could bar the defence within the meaning of *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836 (*Park*)? and (4) was the statutory limitation of paragraph 273.2(b) of the *Criminal Code* engaged?

[19] The appellant does not strongly dispute the Chief Military Judge's findings in regard to the air of reality of the defence with respect to the first two questions. I will therefore not discuss them further.

[20] As for the third question, the appellant argues that the testimony of Warrant Officer J.G.A Gagnon and that of Corporal S.V.R. cannot be realistically combined. In that case, within the meaning of *Park*, above, the issue is purely one of credibility—of consent or of lack of consent. In such a case, the defence should not be submitted to the panel.

[21] I do not agree, and I accept instead the respondent's position (at paragraphs 19 to 22 of his Memorandum of Fact and Law) citing in particular paragraph 22:

[TRANSLATION]

22. ... the respondent did not testify that the complainant had communicated voluntary consent. He also did not testify that the complainant had participated actively, passionately, and voluntarily. As for the complainant, she did not testify that she had strongly resisted. Accordingly, the parties' versions cannot be described as diametrically opposed and, on that basis, cannot prevent the accused from arguing that he had an honest but mistaken belief that the complainant had consented.

[22] It is the fourth question that is decisive in this appeal.

C. Paragraph 273.2(b) of the Criminal Code

[23] This provision has yet to be interpreted by a majority of the Supreme Court of Canada and few decisions address paragraph 273.2(b), namely, the requirement to take reasonable steps to ascertain

démontrait-elle des versions diamétralement opposées susceptibles de contrecarrer le moyen de défense au sens de *R. v. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836 (*Park*)? et (4) la limitation statutaire de l'alinéa 273.2b) du *Code criminel* était-elle en jeu?

[19] L'appelante ne conteste pas fortement les conclusions du juge militaire en chef quant à la vraisemblance du moyen de défense sur les deux premières questions. Je ne m'y attarde donc pas.

[20] Quant à la troisième question, l'appelante plaide que les témoignages de l'adjudant J.G.A Gagnon et de la caporale S.V.R. ne pouvaient être combinés de façon réaliste. Il s'agit ici, au sens de *Park*, précité, d'une simple question de crédibilité — de consentement ou d'absence de consentement. Devant un tel cas, le moyen de défense ne devait pas être soumis à l'appréciation du comité.

[21] Je ne suis pas d'accord et je retiens plutôt la thèse de l'intimé (aux paragraphes 19 à 22 de son mémoire des faits et du droit) citant tout particulièrement le paragraphe 22:

22. [...] L'intimé n'a pas témoigné que la plaignante avait communiqué un consentement délibéré. Il n'a pas non plus témoigné que la plaignante participait activement, passionnément et volontairement. Quant à la plaignante, elle n'a pas témoigné avoir résisté énergiquement. En conséquence, la version des parties ne [*sic*] être qualifié [*sic*] de diamétralement opposées [*sic*] et, de ce fait, empêcher l'accusé de soulever qu'il croyait sincèrement, mais erronément, au consentement de la plaignante.

[22] C'est sur la quatrième question que se joue cet appel.

C. L'alinéa 273.2b) du Code criminel

[23] Aucune formation majoritaire de la Cour suprême du Canada n'a encore interprété cette disposition et peu d'arrêts portent sur l'alinéa 273.2b), c'est-à-dire sur l'exigence relative à la prise de mesures

consent (see Kent Roach, *Criminal Law*, 6th ed., Toronto: Irwin Law, 2015, at page 455).

[24] One of these decisions is that of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Barton*, 2017 ABCA 216 (*Barton*). At paragraph 250, the Court writes: “[T]here will be no air of reality if one of the statutory bars in s. 273.2 is present”. In other words, the air of reality test cannot be satisfied if one of the exclusions to the defence of honest belief in consent is present.

[25] The respondent has not satisfied me that *Barton* is a wrong decision in law and that we should base our decision on *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330 at paragraph 60 (*Ewanchuk*), which reads as follows:

60 In her reasons, Justice L’Heureux-Dubé makes reference to s. 273.2(b) of the Code. Whether the accused took reasonable steps is a question of fact to be determined by the trier of fact only after the air of reality test has been met. In view of the way the trial and appeal were argued, s. 273.2 (b) did not have to be considered.

[26] First, this passage was written in *obiter*. Also, paragraph 273.2(b) of the *Criminal Code* was not at issue in that case, contrary to this appeal where it is the central issue. Finally, *Barton* follows a series of other Canadian appellate court decisions that came to the same conclusion (*R. v. Dippel*, 2011 ABCA 129; *R. v. Despins*, 2007 SKCA 119; and *R. v. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117 (ON CA), leave to appeal to SCC refused, Court file number: 30158).

[27] In discussing the relationship between the air of reality test and the requirement to take reasonable steps, I cannot ignore Professor Hamish Stewart’s explanation of this relationship. His legal reasoning is consistent with the jurisprudence and appears to me to be a model of clarity and logic (Hamish C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law*, loose-leaf, Toronto: Thomson Reuters, 2004 at pages 3 to 50):

raisonnables pour s’assurer du consentement (voir Kent Roach, *Criminal Law*, 6^e éd., Toronto, Irwin Law, 2015, à la page 455).

[24] L’un de ces arrêts est celui de la Cour d’appel de l’Alberta dans l’affaire *R. v. Barton*, 2017 ABCA 216 (*Barton*). Au paragraphe 250, la Cour écrit : « [T]here will be no air of reality if one of the statutory bars in s. 273.2 is present ». Autrement dit, on ne saurait satisfaire au test de la vraisemblance si l’une des exclusions du moyen de défense fondé sur la croyance au consentement est présente.

[25] L’intimé ne m’a pas convaincue que *Barton* est une décision erronée en droit et que nous devrions fonder notre décision sur le paragraphe 60 de l’affaire *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330 (*Ewanchuk*), lequel se lit ainsi :

60 Dans ses motifs, le juge L’Heureux-Dubé fait mention de l’al. 273.2b) du Code. La question de savoir si l’accusé a pris des mesures raisonnables est une question de fait qui doit être tranchée par le juge des faits, seulement après que le critère de la vraisemblance a été satisfait. Vu la façon dont le procès et l’appel ont été plaidés, l’al. 273.2b) n’avait pas à être pris en considération.

[26] Tout d’abord, ce passage est écrit en *obiter*. Puis, l’alinéa 273.2b) du *Code criminel* n’était pas en cause dans cette affaire, contrairement au présent appel où il est au cœur du débat. Enfin, *Barton* suit une série d’autres arrêts de cours d’appel canadiennes qui ont conclu dans le même sens (*R. v. Dippel*, 2011 ABCA 129; *R. v. Despins*, 2007 SKCA 119; et *R. v. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3^d) 117 (ON CA), (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la Cour : 30158)).

[27] En discutant du rapport entre le critère de la vraisemblance et l’exigence des mesures raisonnables, je ne peux passer sous silence l’explication de ce rapport par le professeur Hamish Stewart. Son raisonnement juridique cadre bien avec la jurisprudence et me semble un modèle de clarté et de logique (Hamish C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law*, feuilles mobiles, Toronto, Thomson Reuters, 2004 aux pages 3 à 50) :

The air of reality test is for the trial judge and, if the air of reality test is satisfied, the facts are for the trier of fact to determine. L'Heureux-Dubé J. [who wrote concurring reasons in *Ewanchuk*] is of course correct to say that the defence of mistaken belief cannot arise until reasonable steps are taken, but that question needs to be asked twice, once by the trial judge ("Is there an air of reality to the accused's claim that he took reasonable steps?"), and once more, if necessary, by the trier of fact ("Did the accused take reasonable steps?"). The defence of mistaken belief in consent is available if the accused has an honest belief in communicated consent that is not tainted by the various factors listed in ss. 273.1 and 273.2, and if he takes reasonable steps in the circumstances known to him to ascertain consent. The air of reality test applies to all of these elements: that is, before leaving the defence with the trier of fact, the trial judge must be satisfied that there is evidence on which a reasonable and properly instructed jury could find an honest, untainted belief in communicated consent and reasonable steps. [Emphasis added.]

[28] In my opinion, Professor Stewart's explanation gives meaning to paragraph 273.2(b). Parliament decided that the honest but mistaken belief defence is only available to the accused if the accused took reasonable steps, under the circumstances, to ascertain the complainant's consent for each sexual act in the course of their activities. If the accused cannot adduce evidence susceptible to be interpreted as such by the jury, the defence cannot go to the jury. Since the legislator restricted the honest but mistaken belief defence to situations where the accused took reasonable steps in the circumstances known to the accused to ascertain consent, the judge must first determine whether there is an air of reality to those steps.

[29] The respondent argues before this Court that the circumstances known by the General Court Martial were such that a reasonable person would perhaps not have taken other steps to ascertain consent. According

[TRADUCTION] Le critère de la vraisemblance est appliqué par le juge du procès; si le critère est satisfait, il appartient alors au juge des faits de déterminer les faits. La juge L'Heureux-Dubé [qui a rédigé des motifs concordants dans l'arrêt *Ewanchuk*] a évidemment raison de dire que la défense relative à la croyance erronée ne peut être soulevée en l'absence de mesures raisonnables. Or, la question doit être posée deux fois : premièrement par le juge du procès (« l'assertion de l'accusé selon laquelle il a pris des mesures raisonnables est-elle vraisemblable? »); deuxièmement, si nécessaire, par le juge des faits (« l'accusé a-t-il pris des mesures raisonnables? »). La défense relative à la croyance erronée au consentement peut être soulevée si l'accusé a une croyance sincère quant au consentement manifesté qui n'a pas été viciée par les facteurs énumérés aux articles 273.1 et 273.2 et s'il a pris les mesures raisonnables dans les circonstances dont il avait connaissance pour s'assurer du consentement. Le critère de la vraisemblance s'applique à tous ces éléments, c'est-à-dire que le juge du procès, avant de permettre au juge des faits d'examiner la défense, doit être convaincu qu'il existe des éléments de preuve à la lumière desquels un jury raisonnable et ayant reçu les directives adéquates pourrait conclure à l'existence d'une croyance sincère, non viciée, au consentement manifesté et à l'existence de mesures raisonnables [Je souligne.]

[28] À mon avis, l'explication du professeur Stewart donne un sens à l'alinéa 273.2b). Le législateur a décidé que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement n'est à la portée d'un prévenu que si ce dernier a pris les mesures raisonnables, dans les circonstances, pour s'assurer du consentement de la partie plaignante à chaque acte sexuel au cours des rapports. Si le prévenu ne peut soulever d'élément de preuve susceptible d'être interprété par le jury comme une telle mesure, le moyen de défense ne peut être placé devant le jury. Comme le législateur a circonscrit la défense de croyance sincère mais erronée au consentement aux situations où le prévenu a pris les mesures raisonnables dans les circonstances dont il avait connaissance pour s'assurer du consentement, il faut que le juge détermine au préalable la vraisemblance de ces mesures.

[29] L'intimé fait valoir devant notre Cour que les circonstances dont la Cour martiale générale avait connaissance étaient telles qu'une personne raisonnable n'aurait peut-être pas pris d'autres mesures

to the respondent, [TRANSLATION] “in his reasons, the Chief Military Judge described the circumstances of the sexual activity which, in themselves, identify the reasonable steps taken within the meaning of section 273.2” (respondent’s Memorandum of Fact and Law, at paragraph 34, referring to the Chief Military Judge’s reasons, Appeal Book, Vol. III at pages 363 to 365). In my opinion, this statement does not resolve the issue.

[30] Even giving the Chief Military Judge’s reasons a generous interpretation, I agree with the appellant that they do not support a finding that the exclusion under paragraph 273.2(b) was considered in the analysis of the air of reality test. The Chief Military Judge could not simply leave this issue to the members of the panel, namely to the triers of fact. First, he had to address the air of reality of the evidence as to the reasonable steps taken by Warrant Officer J.G.A. Gagnon to ascertain Corporal S.V.R.’s consent. If the respondent failed to meet its evidential burden, then that defence could not, at law, be submitted to the panel.

[31] I cannot agree, either, with the respondent’s argument that, if the Chief Military Judge’s reasons were insufficient, it would have no bearing on the verdict since the evidence easily supports a finding that the air of reality test is met with respect to the reasonable steps.

[32] First, I will turn to the sufficiency of the Chief Military Judge’s reasons.

D. The sufficiency of the Chief Military Judge’s reasons

[33] In *R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38, [2013] 2 S.C.R. 639, the Supreme Court of Canada reminds us that (at paragraph 10):

[10] An appellate court tasked with determining whether a trial judge gave sufficient reasons must follow a functional approach: *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at para. 55. An appeal based on insufficient reasons “will only be allowed where the trial judge’s reasons are so deficient that they foreclose

pour s’assurer du consentement. Selon lui, « [d]ans ses motifs, le juge en chef militaire [*sic*] décrit les circonstances de l’activité sexuelle qui, en elles-mêmes, identifiaient la prise de mesures raisonnables au sens de l’art. 273.2 » (mémoire des faits et du droit de l’intimé au paragraphe 34, référant aux motifs du juge militaire en chef, dossier d’appel, vol. III aux pages 363 à 365). Selon moi, cet énoncé ne répond pas à la question en litige.

[30] Même en lisant les motifs du juge militaire en chef de façon généreuse, je suis d’accord avec l’appelante que ceux-ci ne permettent pas de conclure qu’il a considéré le motif d’exclusion de l’alinéa 273.2b) dans son analyse de la vraisemblance. Le juge militaire en chef ne pouvait simplement laisser cette question aux membres du comité, soit aux juges des faits. Il devait tout d’abord se questionner sur la vraisemblance de la preuve relative à la prise de mesures raisonnables par l’adjudant J.G.A. Gagnon pour vérifier le consentement de la caporale S.V.R. Si l’intimé échouait sur son fardeau de présentation, la défense ne pouvait pas, en droit, être présentée au comité.

[31] Je ne peux non plus me rallier à l’argument de l’intimé selon lequel l’insuffisance des motifs du juge militaire en chef, s’il en était, n’est d’aucune conséquence sur le verdict parce que la preuve permet aisément de conclure que le critère de la vraisemblance est respecté quant aux mesures raisonnables.

[32] Je m’attarde tout d’abord à la suffisance des motifs du juge militaire en chef.

D. La suffisance des motifs du juge militaire en chef

[33] Dans l’arrêt *R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] 2 R.C.S. 639, la Cour suprême du Canada nous rappelle ce qui suit (au paragraphe 10) :

[10] Une cour d’appel chargée de décider si un juge de première instance a suffisamment motivé sa décision doit appliquer une approche fonctionnelle : *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 55. Un appel fondé sur l’insuffisance des motifs « ne sera accueilli que si les lacunes des motifs exprimés par le

meaningful appellate review”: *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788, at para. 25.

[34] The functional approach is defined in *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3 as follows (at paragraphs 15 to 17):

[15] This Court in *Sheppard* and subsequent cases has advocated a functional context-specific approach to the adequacy of reasons in a criminal case. The reasons must be sufficient to fulfill their functions of explaining why the accused was convicted or acquitted, providing public accountability and permitting effective appellate review.

[16] It follows that courts of appeal considering the sufficiency of reasons should read them as a whole, in the context of the evidence, the arguments and the trial, with an appreciation of the purposes or functions for which they are delivered (see *Sheppard*, at paras. 46 and 50; *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), at p. 524).

[17] These purposes are fulfilled if the reasons, read in context, show why the judge decided as he or she did. The object is not to show *how* the judge arrived at his or her conclusion, in a “watch me think” fashion. It is rather to show *why* the judge made that decision. ... [Emphasis in original.]

[35] Using the functional and contextual approach, I will review the framework of the Chief Military Judge’s reasons more closely.

[36] First, the Chief Military Judge never mentions the words “reasonable steps”. The only discussion regarding the ascertainment of Corporal S.V.R.’s consent is found at page 363, when he sets out the prosecution’s theory (Chief Military Judge’s reasons, Appeal Book, Vol. III at page 363):

[TRANSLATION]

The prosecution also relies on the lack of evidence, and the accused’s admission that he did not ascertain whether or not the complainant consented, despite the existence of apparent doubts.

juge du procès font obstacle à un examen valable en appel » : *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788, par. 25.

[34] L’approche fonctionnelle est ainsi définie dans *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3 (aux paragraphes 15 à 17) :

[15] Dans *Sheppard*, et dans des arrêts subséquents, notre Cour a préconisé une approche fonctionnelle et contextuelle pour l’appréciation du caractère suffisant des motifs en matière criminelle. Les motifs doivent être suffisants pour remplir leurs fonctions qui consistent à expliquer pourquoi l’accusé a été déclaré coupable ou acquitté, rendre compte devant le public et permettre un examen efficace en appel.

[16] Par conséquent, lorsqu’un tribunal d’appel examine les motifs pour déterminer s’ils sont suffisants, il doit les considérer globalement, dans le contexte de la preuve présentée, des arguments invoqués et du procès, en tenant compte des buts ou des fonctions de l’expression des motifs (voir *Sheppard*, par. 46 et 50; *R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3^d) 514 (C.A.), p. 524).

[17] Ces buts seront atteints si les motifs, considérés dans leur contexte, indiquent pourquoi le juge a rendu sa décision. Il ne s’agit pas d’indiquer *comment* le juge est parvenu à sa conclusion, ou d’une invitation à « suivre son raisonnement », mais plutôt de révéler *pourquoi* il a rendu cette décision. [...] [Souligné dans l’original.]

[35] Adoptant l’approche fonctionnelle et contextuelle, je revois la structure des motifs du juge militaire en chef de plus près.

[36] Tout d’abord, le juge militaire en chef ne mentionne jamais les mots « mesures raisonnables ». L’unique discussion relative à la vérification du consentement de la caporale S.V.R. se retrouve à la page 363 alors qu’il expose la thèse de la poursuite (motifs du juge militaire en chef, dossier d’appel, vol. III à la page 363) :

La poursuite s’appuie aussi, sur l’absence de preuve, et l’admission de l’accusé qu’il n’a pas fait de vérification relativement au consentement de la plaignante malgré l’existence de doutes apparents.

[37] This statement comes after the Chief Military Judge set out the general test according to which a defence should not be submitted to the panel if it does not have an air of reality. In support of this principle, he cites *Cinous* and *Fontaine*, above, and *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350.

[38] From these decisions and others mentioned in the same context (*R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. VandenElsen* (2003), 175 O.A.C. 71), the Chief Military Judge found that (Chief Military Judge's reasons, Appeal Book, Vol. III at page 362):

[TRANSLATION]

... the trial judge must consider that the defence evidence is credible. The trial judge does not have to weigh the evidence, make findings of fact, or draw specific inferences of fact. The trial judge must, however, make a finding on inferences of fact that could reasonably be made on the evidence. It is rather a matter of whether, if the evidence is weighed in the best light possible for the accused, the jury could reasonably make the required inferences. In the case of honest but mistaken belief to consent, the error does not have to be reasonable to be exculpatory. The prosecution must refute any exculpatory error that is raised by the evidence. The issue of reasonability is relevant to the air of reality of the alleged error. In short, the belief does not have to be reasonable, it is sufficient that it is simply honest.

[39] That said, the Chief Military Judge then reviewed the parties' positions in the context of the prosecution's argument that Warrant Officer J.G.A. Gagnon's belief was based on stereotypes and that he never ascertained Corporal S.V.R.'s consent (prosecution's submissions, Appeal Book, Vol. III at page 352; see also the Chief Military Judge's reasons at page 362 starting at line 32).

[40] It is at this point that the Chief Military Judge draws support from the decision in *R. v. Flaviano*, 2013 ABCA 219, aff'd 2014 SCC 14, [2014] 1 S.C.R. 270 (*Flaviano*), a decision that reaffirms the principle set out in *Park*, referred to above at para. [18], and

[37] Cet énoncé vient après que le juge militaire en chef ait exposé le critère général selon lequel une défense ne devrait pas être soumise au comité en l'absence de vraisemblance. Pour étayer ce principe, il cite *Cinous* et *Fontaine*, précités et *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350.

[38] De ces arrêts et les autres mentionnés dans cette même veine (*R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. VandenElsen* (2003), 175 O.A.C. 71, le juge militaire en chef retient que (motifs du juge militaire en chef, dossier d'appel, vol. III à la page 362) :

[...] le juge du procès doit considérer que la preuve présentée en défense est digne de foi. Il n'a pas à soulever la preuve, à établir des conclusions de fait ou à tirer des inférences de fait précises. Il doit toutefois en arriver à une conclusion sur les inférences de fait qui pourraient, raisonnablement être faites pourvue de la preuve [*sic*]. Il s'agit plutôt de savoir si dans l'éventualité où il retiendrait l'interprétation de la preuve qui [*sic*] la plus favorable à l'accusé, le jury pourrait raisonnablement faire les inférences requises. En matière de croyance sincère mais erronée au consentement, il n'est pas nécessaire que cette erreur soit raisonnable pour être disculpatoire. La poursuite doit réfuter toute erreur disculpatoire qui est soulevée dans la preuve. La question de raisonabilité est pertinente à l'égard de la vraisemblance de l'erreur présumée. Bref, il n'est pas nécessaire que la croyance soit raisonnable, il suffit qu'elle soit simplement sincère.

[39] Ceci dit, le juge militaire en chef revoit alors la thèse des parties dans un contexte où la poursuite faisait valoir que la croyance de l'adjudant J.G.A. Gagnon se fondait sur des stéréotypes et que ce dernier n'avait jamais vérifié le consentement de la caporale S.V.R. (représentations de la poursuite, dossier d'appel, vol. III, à la page 352; voir aussi les motifs du juge militaire en chef à la page 362 à partir de la ligne 32).

[40] C'est alors que le juge militaire en chef prend appui sur l'arrêt *R. v. Flaviano*, 2013 ABCA 219, conf. par 2014 CSC 14, [2014] 1 R.C.S. 270 (*Flaviano*), un arrêt qui réaffirme le principe énoncé dans *Park* mentionné plus haut au paragraphe [18] pour conclure

concludes as follows (Chief Military Judge’s reasons, Appeal Book, Vol. III at page 366):

[TRANSLATION]

In the matter before this Court, the evidence indicates that the complainant’s version supports the assertion that she indicated her refusal to the accused on several occasions or, at the very least, to continue to be touched sexually. Unlike the *Flaviano* case, the accused does not submit in any way that the complainant expressly consented to sexual acts. If that were the case, as it was in *Flaviano*, the honest but mistaken belief defence would not be available. The facts raised by the defence support the argument that there is sufficient evidence to meet the required air of reality test.

Accordingly, the Court is satisfied that this defence should be submitted to the panel in its final instructions.

[41] It seems to me that the Chief Military Judge is responding here to the prosecution’s argument that the defence is not available when there are contradictory versions.

[42] Speaking of *Flaviano*, it is interesting to note that in that case, the trial judge had considered the issue of whether the accused had taken steps to ascertain the complainant’s consent (*Flaviano* at paragraph 29).

[43] I also observe that, in his analysis, the Chief Military Judge did not address the air of reality of the respondent’s honest belief of Corporal S.V.R.’s consent to each sexual act. It is apparent, *inter alia*, from section 273.1 of the *Criminal Code* that, for the legislator, consent involves the complainant’s voluntary agreement to each of the sexual acts performed on a specific occasion (*R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440 at paragraph 39):

[39] Section 273.1(2)(d) provides that there can be no consent if the “complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity”. Since this provision refers to the expression of consent, it is clear that it can only apply to the accused’s *mens rea*. The point here is the linking of lack of consent to any “activity”. This suggests a present, ongoing

ainsi (motifs du juge militaire en chef, dossier d’appel, vol. III à la page 366):

Dans l’affaire qui est devant cette cour, la preuve indique que la version de la plaignante supporte l’affirmation qu’elle a signifié à diverses reprises son refus à l’accusé, à tout le moins, à continuer à avoir des attouchements sexuels. Or, l’accusé ne soutient aucunement comme dans l’affaire *Flaviano* que la plaignante avait donné un consentement explicite à des actes sexuels. Si cela était le cas, comme dans l’arrêt *Flaviano*, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne lui serait pas ouverte. Or les faits soulevés par la défense permettent de soutenir que la preuve est suffisante pour rencontrer la norme exigée de vraisemblance.

En conséquence, la cour est satisfaite que cette défense devrait être soumise au comité lors de ses directives finales.

[41] Il me semble que le juge militaire en chef répond ici à l’argument de la poursuite que le moyen de défense n’est pas disponible en présence de versions contradictoires.

[42] Parlant de *Flaviano*, il est intéressant de noter que dans cette affaire le juge du procès avait considéré la question de savoir si le prévenu avait pris les démarches nécessaires pour vérifier le consentement de la plaignante (*Flaviano* au paragraphe 29).

[43] Je remarque aussi que le juge militaire en chef ne s’est pas penché, dans son analyse, sur la vraisemblance de la croyance sincère de l’intimé au consentement de la caporale S.V.R. à chaque acte sexuel. Il ressort, entre autres, de l’article 273.1 du *Code criminel* que, pour le législateur, le consentement est l’accord volontaire du plaignant à chacun des actes sexuels accomplis à une occasion précise (*R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440 au paragraphe 39):

[39] Selon l’alinéa 273.1(2)d), il ne peut y avoir consentement si le plaignant « manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à l’activité ». Comme cette disposition concerne l’expression du consentement, de toute évidence, elle ne peut s’appliquer qu’à l’égard de la *mens rea* de l’accusé. L’élément important, en l’occurrence, est le rattachement de

conception of consent, rather than advance consent to a suite of activities.

[44] Therefore, the Chief Military Judge was required, as a matter of law, to ask whether there was an air of reality to the respondent's belief of consent to the first fondling, as well as to the subsequent acts. The Chief Military Judge was then required to ask whether that belief was supported by any evidence that the respondent had taken reasonable steps to ascertain consent to each sexual act. The Chief Military Judge failed to meet this obligation; he examined only the evidence bearing on the facts leading to the first kisses between the parties (he also examined the respondent's evidence on the complainant's vaginal secretions, but recognized, in any event, that the evidence did not support a finding of consent) (Chief Military Judge's reasons, Appeal Book, Vol. III, page 364, lines 38 to 47 and page 365, lines 1 and 2).

[45] With respect, the Chief Military Judge's reasons are therefore inadequate to fulfil their function and do not give full effect to the relevant provisions of the *Criminal Code*. There is no explanation given for the reason for submitting the defence to the panel in light of paragraph 273.2(b), nor is there an air of reality analysis of the respondent's belief with respect to each of the sexual acts introduced in evidence. These omissions are such that the public interest is not well served and that our Court cannot effectively discharge its duties.

[46] Certainly, there is no doubt that the Chief Military Judge correctly instructed the panel as to the defence raised by the respondent, including the issue of taking reasonable steps (for the Chief Military Judge's instructions to the panel, see the Appeal Book, Vol. IV, final instructions, at page 443 and resumed hearing at pages following 454). This finding, in itself, as well as a reading of the Chief Military Judge's reasons according to the test set out in *Sheppard*, above, nevertheless do not support a conclusion that he properly directed himself in law from the outset.

l'absence d'accord à une « activité ». Ce rattachement dénote une conception du consentement voulant qu'il s'agisse d'un consentement ponctuel de tous les instants, et non d'un consentement donné à l'avance à une série d'activités.

[44] Dès lors, le juge militaire en chef était tenu en droit de demander si la croyance de l'intimé au consentement était vraisemblable à l'égard des premières caresses et également aux actes ultérieurs. Il était ensuite tenu de demander si cette croyance était étayée par une quelconque preuve que l'intimé avait pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement à chaque acte sexuel. Le juge militaire en chef a manqué à cette obligation; il n'a examiné que les éléments de preuve portant sur les faits ayant mené aux premiers baisers des deux intéressés (il a également examiné la preuve de l'intimé sur les sécrétions vaginales de la plaignante, mais a reconnu que, quoiqu'il en soit, cette preuve ne pouvait permettre de conclure au consentement) (motifs du juge militaire en chef, dossier d'appel, vol. III, page 364, lignes 38 à 47 et page 365, lignes 1 et 2).

[45] Avec égards, les motifs du juge militaire en chef ne sont donc pas suffisants pour remplir leurs fonctions et ne donnent pas leur plein effet aux dispositions pertinentes du *Code criminel*. On n'y trouve aucune explication de la raison pour laquelle la défense sera présentée au comité en regard de l'alinéa 273.2b), pas plus que d'analyse sur la vraisemblance de la croyance de l'intimé quant à chacun des actes sexuels mis en preuve. Ces omissions font en sorte que l'intérêt public n'y trouve pas son compte et que notre Cour ne peut efficacement se décharger de sa tâche en appel.

[46] Certes, il ne fait aucun doute que le juge militaire en chef a correctement instruit le comité quant au moyen de défense soulevé par l'intimé, incluant la question de la prise de mesures raisonnables (pour les instructions du juge militaire en chef au comité, voir le dossier d'appel, vol. IV, allocution finale, à la page 443 et reprise d'audience aux pages 454 et suivantes). Cette constatation, à elle seule, et une lecture des motifs du juge militaire en chef selon le critère énoncé dans *Sheppard*, précité, ne permettent cependant pas de conclure que celui-ci s'était bien dirigé en droit au préalable.

[47] I now turn to the second part of the respondent's argument: if there was an omission by the Chief Military Judge, it had no bearing on the final result.

E. Material bearing on the acquittal

[48] In *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609 (*Graveline*), the Supreme Court of Canada states that not every error of law by the trial judge will lead to a new trial. To obtain a new trial, the appellate court must be persuaded that "the error (or errors) of the trial judge might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal" (at para. 14, see also *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021 at paragraph 27). The onus on the Crown in such a case is "a heavy one" (*R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345 at page 374; *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595 at paragraph 2).

[49] It is therefore necessary to decide whether the errors of law discussed above are determinative. On the evidence before him, was it possible or probable that the Chief Military Judge would find that the respondent had not taken reasonable steps to ascertain consent to each sexual act, and consequently, decide that this defence could not be submitted to the panel?

[50] In my opinion, the Chief Military Judge could have made such a finding. The respondent's statements suggest that the complainant's neutral acts could have led to an honest but mistaken belief to consent and relieved the respondent of the obligation to take reasonable steps to ascertain consent (see the respondent's Memorandum of Fact and Law at paragraph 23). In support of this defence, the respondent submits the fact that the complainant had followed him to the armoury, went with him to the second floor, did not turn on the lights and did not flee or ask him to stop (*idem* at paragraphs 12 and 26).

[47] Je passe maintenant au second volet de l'argument de l'intimé : s'il y a eu omission de la part du juge militaire en chef, elle n'a été d'aucune conséquence sur le résultat final.

E. L'incidence significative sur le verdict d'acquiescement

[48] Dans l'arrêt *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609 (*Graveline*), la Cour suprême du Canada précise que toute erreur de droit par le juge du procès ne saurait entraîner la tenue d'un nouveau procès. Pour obtenir un nouveau procès, il faut que la cour d'appel soit convaincue qu'« il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, que l'erreur (ou les erreurs) du premier juge ont eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement » (au paragraphe 14, voir aussi *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021 au paragraphe 27). La charge qui incombe à la Couronne dans ce cas est « lourde » (*R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345 à la page 374; *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595 au paragraphe 2).

[49] Il est donc nécessaire de décider si les erreurs de droit discutées plus haut sont déterminantes. Au vu de la preuve dont il disposait, était-il possible ou probable que le juge militaire en chef conclue que l'intimé n'avait pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement à chaque acte sexuel et décide par conséquent que ce moyen de défense ne pouvait donc être placé devant le comité?

[50] À mon avis, le juge militaire en chef aurait bien pu tirer une telle conclusion. Les déclarations de l'intimé laissent entendre que les actes neutres de la plaignante pouvaient mener à une croyance sincère mais erronée au consentement et libérer l'intimé de l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement (voir mémoire des faits et du droit de l'intimé au paragraphe 23). L'intimé soulève à l'appui de la défense le fait que la plaignante l'avait suivi au manège militaire, était montée avec lui au second étage, n'avait pas allumé les lumières et n'avait pas pris la fuite ni ne lui avait demandé d'arrêter (*idem* aux paragraphes 12 et 26).

[51] These elements could never support this defence because they do not demonstrate that there was consent. These elements would not be sufficient to absolve the respondent of the requirement to take steps to ascertain consent. The only elements that the respondent alludes to that do not show purely passive or ambiguous behaviour are in the respondent's testimony to the effect that the complainant sat on him, kissed him, and moved her hips when he took off her pants and underwear. The defence to negate *mens rea* cannot be raised unless the accused honestly believed that the complainant communicated her consent.

[52] In my opinion, this evidence is clearly not enough to give an air of reality to the respondent's contention that he had an honest but mistaken belief that the complainant had consented to kiss him, to be undressed, and to cunnilingus *and* that he had taken reasonable steps in the circumstances known to him at the time to ascertain the complainant's consent to continue these activities. If it were open to the judge to find that the defence had an air of reality in regard to the kissing and undressing, in my view, it would be difficult to conclude that the defence had an air of reality with respect to the cunnilingus or on the issue of reasonable steps.

[53] The circumstances known to the respondent at the time, according to his own testimony, include the following: the accused and the complainant had known each other only in a professional capacity before the facts that led to the charge; it was the first time they had had sexual relations; in the regiment, his rank was much higher than the complainant's.

[54] In these circumstances, even if the complainant had begun to kiss him, I have difficulty accepting that this kiss was, in itself, the basis for an honest but mistaken belief that the complainant consented to cunnilingus, and certainly not in the five to seven minutes that followed the kiss. By his own admission, the respondent did not take any step to ascertain the complainant's consent to be undressed, touched, and

[51] Ces éléments ne pourraient jamais étayer ce moyen de défense, car ils ne démontrent pas qu'il y a eu consentement. Ces éléments ne suffiraient pas non plus à absoudre l'intimé de la nécessité de prendre des mesures pour s'assurer du consentement. Les seuls éléments auxquels l'intimé a fait allusion qui ne démontrent pas un comportement purement passif ou ambigu figurent dans le témoignage de l'intimé selon lequel la plaignante se serait assise sur lui, l'aurait embrassé et aurait bougé ses hanches lorsqu'il lui a retiré son pantalon et sa culotte. La défense invoquée pour réfuter la *mens rea* ne peut être soulevée que si le prévenu croyait sincèrement que la plaignante avait manifesté son consentement.

[52] Selon moi, ces éléments de preuve ne suffisent manifestement pas pour rendre vraisemblable la prétention de l'intimé selon laquelle il croyait sincèrement mais erronément que la plaignante avait consenti aux baisers, à être dévêtue et au cunnilingus *et* qu'il avait pris des mesures raisonnables dans les circonstances dont il avait connaissance à ce moment pour s'assurer du consentement de la plaignante à la poursuite des activités. S'il était loisible au juge de conclure à la vraisemblance du moyen de défense invoqué en ce qui a trait aux baisers et au déshabillage, à mon sens, on peut difficilement conclure à la vraisemblance du moyen de défense en ce qui a trait au cunnilingus ou à la question des mesures raisonnables.

[53] Les circonstances dont l'intimé avait connaissance au moment des faits, suivant son propre témoignage, sont notamment les suivantes : l'accusé et la plaignante se connaissaient uniquement dans un contexte professionnel avant les faits ayant mené à l'accusation; c'était la première fois qu'ils avaient des rapports sexuels; au sein du régiment, il avait un grade bien supérieur à celui de la plaignante.

[54] Dans de telles circonstances, même si la plaignante avait commencé à l'embrasser, j'accepte difficilement que ce baiser ait pu en soi fonder une croyance sincère mais erronée au consentement de la plaignante au cunnilingus, et certainement pas dans les cinq à sept minutes ayant suivi le baiser. De son propre aveu, l'intimé n'a pris aucune mesure pour s'assurer du consentement de la plaignante à être déshabillée,

kissed in the genital area, and penetrated without a condom. The mere fact that he stopped after the complainant's refusal in respect to this last act is not in any way a reasonable step to ascertain her consent. The respondent's reliance on the complainant's silence and her implied consent must be rejected as a defence (*Ewanchuk*, above).

[55] Yet, whether or not my conclusion differs from the Chief Military Judge's does not matter. This Court does not have to make a final determination on the issue: it is sufficient that the appellant persuades it with "a reasonable degree of certainty" within the meaning of *Graveline*, above, that a judge who rehears this matter in the correct legal framework is likely to deny the defence and that the jury, without this defence, could not have acquitted. In my opinion, the appellant has discharged this burden.

[56] In my view, the errors in law made by the Chief Military Judge had a sufficiently important bearing on the verdict to justify referring the matter for a new trial.

IV. Conclusion

[57] For these reasons, and in accordance with subsection 239.1(1) of the *National Defence Act*, I would allow the appeal, set aside the verdict of not guilty and order a new trial.

BENNETT J.A.: I agree.

The following is the English version of the reasons for judgment delivered by

BELL C.J. (dissenting reasons):

I. Overview

[58] After all the evidence was filed and all testimonies were heard in his trial for sexual assault, the

touchée et embrassée aux parties génitales et pénétrée sans condom. Le simple fait qu'il se soit arrêté suite au refus de la plaignante quant à ce dernier acte ne constitue en aucun sens une mesure raisonnable pour s'assurer de son consentement. L'intimé a invoqué le silence de la plaignante et son consentement implicite, qui ne sauraient davantage constituer un moyen de défense (*Ewanchuk*, précité).

[55] Mais, que ma conclusion diffère ou non de celle du juge militaire en chef n'importe toutefois pas. Notre Cour n'a pas à se prononcer définitivement sur la question : il suffit que l'appelante la convainque avec « un degré raisonnable de certitude » au sens de l'arrêt *Graveline*, précité, qu'un juge qui examinerait à nouveau l'affaire à la lumière du bon cadre juridique serait susceptible de refuser le moyen de défense et que le jury, en l'absence de ce moyen de défense, n'aurait peut-être pas rendu un verdict d'acquiescement. À mon sens, l'appelante s'est déchargée de ce fardeau.

[56] Je suis d'avis que les erreurs de droit commises par le juge militaire en chef ont eu une incidence suffisamment importante sur le verdict pour justifier le renvoi de l'affaire pour la tenue d'un nouveau procès.

IV. Conclusion

[57] Pour ces motifs, et conformément au paragraphe 239.1(1) de la *Loi sur la défense nationale*, je propose d'accueillir l'appel, d'écarter le verdict de non-culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

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

Ce qui suit sont les motifs du jugement prononcés en français par

LE JUGE EN CHEF BELL (motifs dissidents) :

I. Aperçu

[58] Après que toute la preuve eut été produite et que les témoignages eurent été entendus lors de son

accused asked the trier of law, the Chief Justice of the Court Martial (Chief Justice), to instruct the committee on the defence of honest but mistaken belief in the consent of the complainant. In his decision, rendered before the instructions were given to the committee, the Chief Justice did not specifically cite section 273.2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (*Criminal Code*), which reads as follows:

Where belief in consent not a defence

273.2 It is not a defence to a charge under section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where

(a) the accused's belief arose from the accused's

(i) self-induced intoxication, or

(ii) recklessness or wilful blindness; or

(b) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting.

[Emphasis added.]

[59] The appellant submits, correctly in my opinion, that there must be evidence as to each element of the defence before it can be put to the committee. The appellant thus submits that the defence of honest belief should not have been put to the committee since the Chief Justice had not determined whether the accused had taken reasonable measures to ascertain that the complainant consented, as required under paragraph 273.2(b) of the *Criminal Code*. On this second point, I disagree, yet the controversy remains unresolved. It must be determined whether, in the circumstances, the defence of honest but mistaken belief had an air of reality.

[60] I would answer this question in the affirmative. For that reason, I would dismiss the appeal. In these

procès pour agression sexuelle, l'accusé a demandé au juge du droit, le juge en chef de la Cour martiale (juge en chef), d'instruire le comité sur le moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement de la plaignante. Dans sa décision, rendue avant le prononcé des directives au comité, le juge en chef n'a pas explicitement cité l'article 273.2 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (*Code criminel*), qui se lit comme suit :

Exclusion du moyen de défense fondé sur la croyance au consentement

273.2 Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas :

a) cette croyance provient :

(i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés,

(ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire;

b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement.

[Je souligne.]

[59] L'appelante soutient, correctement à mon avis, qu'il faut avoir produit des éléments de preuve relativement à chaque élément de ce moyen de défense avant que celui-ci puisse être présenté au comité. L'appelante soutient donc que le moyen de défense de croyance sincère n'aurait pas dû être présenté au comité vu que le juge en chef n'avait pas recherché si l'accusé avait pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la plaignante, comme l'exige l'alinéa 273.2b) du *Code criminel*. Sur ce deuxième point, je rejette la thèse de l'appelante, mais cela ne résout pas la controverse. Il faut répondre à la question de savoir si, vu les circonstances, le moyen de défense de croyance sincère mais erronée était vraisemblable.

[60] Je répondrais à cette question par l'affirmative. Pour cette raison, je rejetterais l'appel. Dans les

reasons, I examine the following topics before determining whether, in the circumstances, the defence of honest but mistaken belief had an air of reality and should have been put to the committee: the adequacy of the reasons, examined in the light of the presumption that a judge knows the law; the duty of a judge to instruct the committee on all defences for which there is an air of reality, even if they have not been raised by the accused; and the elements of the air of reality test applicable to the defence of honest but mistaken belief in the consent of the complainant.

II. The relevant case law

A. *The adequacy of the reasons, examined in the light of the presumption that a judge knows the law*

[61] The Supreme Court of Canada has stated many times that a trial judge is deemed to know the law that he or she applies on a daily basis. In *R. v. Burns* [1994] 1 S.C.R. 656, the Court stated (at page 664):

To require trial judges charged with heavy caseloads of criminal cases to deal in their reasons with every aspect of every case would slow the system of justice immeasurably. Trial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out. If they state their conclusions in brief compass, and these conclusions are supported by the evidence, the verdict should not be overturned merely because they fail to discuss collateral aspects of the case.

[62] The Court also upheld the principle that a trial judge does not need to explain in detail the process he or she has followed to reach a given decision (see: *R. v. Boucher*, [2005] SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499, at paragraph 29; *R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38, [2013] 2 S.C.R. 639, at paragraph 21; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at paragraph 24).

[63] This is a principle that has been followed by appeal courts across the country in recent years. For example, in *R. v. Armacki*, 2015 ONCA 910, the Court stated that, although more details in the judge's reasons would have been preferable, a trial judge is

présents motifs, j'examine les sujets suivants avant de rechercher si, vu les circonstances, le moyen de défense de croyance sincère était vraisemblable et aurait dû être présenté au comité : la suffisance des motifs, examinée à la lumière de la présomption que le juge connaît le droit; l'obligation du juge d'instruire le comité sur tous les moyens de défense vraisemblables, même s'ils ne sont pas soulevés par l'accusé, et; les éléments du critère de la vraisemblance du moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

II. La jurisprudence pertinente

A. *La suffisance des motifs, examinée à la lumière de la présomption que le juge connaît le droit*

[61] La Cour suprême du Canada a confirmé maintes fois que le juge de première instance est réputé connaître le droit qu'il applique quotidiennement. Dans *R. c. Burns* [1994] 1 R.C.S. 656, la Cour a observé (à la page 664) :

Obliger les juges du procès qui sont appelés à présider de nombreux procès criminels à traiter, dans leurs motifs, de tous les aspects de chaque affaire ralentirait incommensurablement le système de justice. Les juges du procès sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours. S'ils formulent leurs conclusions avec concision et si ces conclusions s'appuient sur la preuve, il n'y a pas lieu d'infirmier le verdict simplement parce qu'ils n'ont pas analysé des aspects accessoires de l'affaire.

[62] La Cour a aussi confirmé le principe que le juge de première instance n'est pas tenu d'expliquer en détail le processus qu'il a suivi pour arriver à une décision quelconque (voir : *R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499 au paragraphe 29; *R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] 2 R.C.S. 639 au paragraphe 21; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3 au paragraphe 24).

[63] C'est un principe qui a été repris par les cours d'appel dans tout le pays au cours des dernières années. Par exemple, dans *R. c. Armacki*, 2015 ONCA 910, la Cour a conclu que, même si plus de détails dans les motifs du juge auraient été préférables, le

presumed to know the law, and the judge implicitly demonstrated a knowledge of the law in his analysis of the evidence. In *R. v. T. (S.)*, 2015 MBCA 36, the Court stated that trial judges are presumed to know the law, that there is no mandatory method to follow in making findings of credibility, and that trial judges do not have to explain in detail the process they have followed in reaching a decision as long as the chain of thought leading to the decision is intelligible (at paragraph 6).

[64] Notwithstanding these observations, it is important to note that significant shortcomings in decisions cannot be justified by the presumption that judges know the law. In *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869 and *R. v. O'Brien*, 2011 SCC 29, [2011] 2 S.C.R. 485, the Court stated that reasons are inadequate if it cannot be determined, in view of the context, whether the judge considered and applied the relevant jurisprudence and law. Thus, a court of appeal must be able to determine that the appropriate law was applied.

B. The duty of a judge to instruct the committee on all defences for which there is an air of reality

[65] The law is well settled: a judge has a duty to instruct the committee on all defences that have an air of reality, even if those defences were not raised by the accused (*R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at paragraph 51 (*Cinous*); *R. v. Gauthier*, 2013 SCC 32, [2013] 2 S.C.R. 403, at paragraph 24; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120 at page 128 (*Pappajohn*)). However, that does not mean that the judge is required to submit all defences raised by the accused. The evidence must contain elements that support the defence (*Pappajohn* at page 133).

[66] In the case at hand, the Chief Justice commenced his reasons by stating that a defence cannot be submitted to a committee unless it has an air of reality (*Cinous*; *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702), which means that the trier of fact must determine whether the evidence is “such that,

juge de première instance est présumé connaître le droit, et le juge en cause avait implicitement démontré sa connaissance du droit dans son analyse de la preuve (au paragraphe 10). Dans *R. v. T. (S.)*, 2015 MBCA 36, la Cour a déclaré que le juge de première instance est présumé connaître le droit, qu’il n’y a pas de méthode obligatoire à suivre pour formuler des conclusions en matière de crédibilité, et qu’il n’est pas nécessaire que le juge de première instance explique en détail son processus décisionnel pourvu que l’enchaînement des idées menant à la décision soit intelligible (au paragraphe 6).

[64] Malgré ces observations, il est important de noter que des déficiences importantes dans les motifs ne peuvent être justifiées par la présomption que le juge connaît le droit. Dans les arrêts *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869 et *R. c. O'Brien*, 2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485, la Cour affirme que les motifs sont insuffisants s’il est impossible, vu le contexte, de constater si le juge a examiné et appliqué la jurisprudence et la loi pertinente. Donc, une cour d’appel doit pouvoir constater que le droit approprié a été appliqué.

B. L’obligation du juge d’instruire le comité sur tous les moyens de défense vraisemblables

[65] Le droit est bien fixé : un juge est tenu d’instruire le comité sur tous les moyens de défense vraisemblables, même s’ils n’ont pas été soulevés par l’accusé (voir : *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3 au paragraphe 51 (*Cinous*); *R. c. Gauthier*, 2013 CSC 32, [2013] 2 R.C.S. 403 au paragraphe 24; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120 à la page 128 (*Pappajohn*)). Cela ne signifie pas cependant que le juge est tenu de présenter tous les moyens de défense avancés par l’accusé. La preuve doit contenir des éléments qui étaient le moyen de défense (*Pappajohn* à la page 133).

[66] En l’espèce, le juge en chef a débuté ses motifs en observant qu’un moyen de défense ne peut être soumis à un comité à moins d’être vraisemblable (voir : *Cinous*; *R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702), ce qui signifie que le juge des faits doit déterminer si la preuve est « susceptible, si elle était acceptée,

if believed, a reasonable jury properly charged could have acquitted” (*R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at paragraph 198 (*Osolin*)). The Chief Justice then stated that the evidence in support of that defence is not limited to testimony by the accused, but can also flow from the examination or cross-examination of all witnesses, including the complainant. He summarized the applicable law as follows (Chief Military Judge’s reasons, Appeal Book, Vol. III at page 362):

[TRANSLATION]

The trial judge must therefore conclude that the evidence presented in defence is trustworthy. He is not to weigh the evidence, make findings of fact or draw specific factual inferences. However, he must make a conclusion regarding inferences of fact that could reasonably be drawn based on the evidence. Rather, the issue is whether, if the jury were to adopt the interpretation of the evidence that is most favourable to the accused, it could reasonably draw the necessary inferences.

[67] I must note that the Chief Justice was not required to make any comment before putting the defence of honest but mistaken belief to the committee. If, in the solitude of his chambers, he believed that the defence was available on the facts, his duty was to put that defence to the committee. For this reason, I do not place a lot of importance on the Chief Justice’s reasons regarding the preliminary motion to put the defence to the committee.

[68] That being said, I note that the Chief Justice analyzed the evidence of the respondent and the complainant, noted the discrepancies in their respective versions, noted the similarities, and concluded that the defence had to be put to the committee. I also note that, although the Chief Justice did not explicitly mention the reasonable measures requirement in his decision, he had clearly described it in his instructions to the committee. He followed the wording of the draft instructions in *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions* (Ferguson, Gerry A. and Michael R. Dambrot. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia.) created by

de permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer l’acquittement » (*R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595 au paragraphe 197 (*Osolin*)). Le juge en chef a ensuite précisé que la preuve qui appuie ce moyen de défense n’est pas limitée au témoignage de l’accusé, mais peut provenir des interrogatoires ou contre-interrogatoires de tous les témoins, y compris la plaignante. Il a résumé le droit applicable comme suit (motifs du juge militaire en chef, dossier d’appel, vol. III à la page 362) :

Donc le juge du procès doit considérer que la preuve présentée en défense est digne de foi. Il n’a pas à soupeser la preuve, à établir des conclusions de fait ou à tirer des inférences de fait précis. Il doit toutefois en arriver à une conclusion sur les inférences de fait qui pourraient raisonnablement être faites pourvue de la preuve. Il s’agit plutôt de savoir si dans l’éventualité où il retiendrait l’interprétation de la preuve la plus favorable à l’accusé, le jury pourrait raisonnablement faire les inférences requises.

[67] Je tiens à noter que le juge en chef n’était nullement tenu de faire quelque observation que ce soit avant de présenter le moyen de défense de croyance sincère mais erronée au comité. S’il croyait, dans la solitude de son antichambre, que les faits donnaient ouverture à ce moyen de défense, il était tenu de le présenter au comité. Pour cette raison, je n’attache pas beaucoup d’importance aux motifs du juge en chef en ce qui concerne la requête préliminaire en présentation du moyen de défense au comité.

[68] Cela étant dit, je remarque que le juge en chef a analysé la preuve de l’intimé et de la plaignante, a noté des divergences dans leurs versions des faits, a noté les similarités et a conclu que le moyen de défense devait être présenté au comité. Je note aussi que, même si le juge en chef n’a pas explicitement mentionné le critère des démarches raisonnables dans sa décision, il l’avait clairement exposé dans ses directives au comité. Je note qu’il a suivi la lettre du projet de directive dans *CRIMJI : Canadian Criminal Jury Instructions* (Ferguson, Gerry A. et Michael R. Dambrot. Vancouver, Continuing Legal Education Society of British Columbia.) créé par le

the Canadian Judicial Council's National Committee on Jury Instructions. The instructions to the committee read as follows:

[TRANSLATION]

Examine this evidence to determine whether Warrant Officer Gagnon was aware of signs that Ms. S.V.R. did not consent to the touching that occurred and deliberately chose to ignore them because he did not want to know the truth. Also examine all the evidence to determine whether Warrant Officer Gagnon took reasonable measures under the circumstances he was aware of at the time to ensure that Ms. S.V.R. consented throughout the events that took place at the sergeant's mess on the 2nd floor of the armoury. [Emphasis added.]

[69] I find that those instructions further reinforce the presumption that the Chief Justice was familiar with the law applicable to the defence of honest but mistaken belief. Knowing that law and having analyzed the evidence, the Chief Justice concluded that the defence of honest but mistaken belief was available in view of the facts. He therefore acted in accordance with his duty to put all defences that have an air of reality to the committee. I make this observation despite my conclusion that he could have decided to put the defence to the committee without the defence having been raised by one of the parties and without providing reasons in that regard for the benefit of the parties.

C. The elements of the air of reality test for the defence of honest but mistaken belief

[70] There must be an air of reality to a defence before it can be put to the jury, or, in this case, the committee (see *Osolin* and *Cinous*; *R. v. Ewanchuk* [1999] 1 S.C.R. 330 (*Ewanchuk*)). To put a defence to a jury where this "air of reality" is not revealed by the evidence would be to risk confusing the jury and to invite verdicts not supported by the evidence (*Osolin*; *Cinous*).

Comité national du Conseil sur les directives au jury du Conseil canadien de la magistrature. Cette directive se lit comme suit :

Examinez cette preuve pour déterminer si l'adjudant Gagnon avait connaissance de signes que madame S.V.R. ne consentait pas aux attouchements qui ont eu lieu et qu'il a délibérément choisi de les ignorer parce qu'il ne voulait pas savoir la vérité. Aussi, examinez l'ensemble de la preuve pour déterminer si l'adjudant Gagnon a pris des mesures raisonnables dans les circonstances dont il avait connaissance à ce moment pour s'assurer du consentement de madame S.V.R. à travers le continuum des événements qui ont eu lieu au mess des sergents au 2^e étage du manège militaire. [Je souligne.]

[69] Je conclus que ces instructions renforcent davantage la présomption portant que le juge en chef connaissait le droit relatif au moyen de défense de croyance sincère mais erronée. Connaissant ce droit et ayant analysé la preuve, le juge en chef a conclu que le moyen de défense de croyance sincère mais erronée ressortait des faits. Il a donc respecté son obligation de présenter tout moyen de défense vraisemblable au comité. Je fais cette observation nonobstant ma conclusion qu'il aurait pu décider de présenter ce moyen de défense au comité sans qu'il ait été soulevé par l'une des parties et sans énoncer de motifs à ce sujet au bénéfice des parties.

C. Les éléments du test de la vraisemblance de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement

[70] La vraisemblance d'un moyen de défense doit être établie avant qu'il ne soit présenté au jury, ou, en l'occurrence, au comité (voir : *Osolin* et *Cinous*, précités; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330 (*Ewanchuk*)). Présenter un moyen de défense à un jury lorsque la « vraisemblance » ne ressort pas de la preuve risquerait de semer la confusion chez les jurés et donnerait ouverture à des verdicts non appuyés par la preuve (*Osolin*; *Cinous*).

[71] A defence has an “air of reality” if a properly instructed jury acting reasonably could acquit the accused on the basis of the defence (*Cinous* at paragraph 2). This test is impossible to meet without at least some evidence as to each element of the defence.

[72] The defence of honest but mistaken belief in consent can be raised in the context of a charge of sexual assault as a means of casting doubt on whether the accused had the necessary *mens rea* or guilty mind. Under this defence, the accused asserts that he or she had an honest, though mistaken, belief that the complainant was consenting, even though the sexual acts occurred without consent.

[73] *Osolin*, above, holds that, for there to be an “air of reality” to the defence of honest but mistaken belief in consent in an allegation of sexual assault, there must be: (1) evidence of lack of consent to the sexual acts; and (2) evidence that, notwithstanding evidence of lack of consent, the accused honestly but mistakenly believed that the complainant was consenting. In other words, the evidence must show that the accused believed that the complainant had affirmatively communicated, by words or conduct, consent to engage in the sexual activity in question, in spite of a lack of consent (*Ewanchuk*, above, at paragraphs 46 to 49).

[74] In addition, the defence of honest but mistaken belief in consent will have an air of reality only if the evidence meets the criteria established by section 273.2 of the *Criminal Code*, in particular: the belief must not have arisen out of self-induced intoxication, recklessness or wilful-blindness; and the accused must not have failed to take reasonable steps, in the circumstances known to him or her, to ascertain affirmatively that the complainant communicated consent.

[71] Un moyen de défense est « vraisemblable » si un jury ayant reçu des instructions adéquates et qui agit de façon raisonnable pourrait acquitter l'accusé en fonction de ce moyen de défense (*Cinous* au paragraphe 2). Il est donc impossible de satisfaire au critère de la « vraisemblance » en l'absence de preuve relativement à chaque élément de la défense.

[72] Le moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement est un moyen de défense qui peut être soulevé dans le cas d'une accusation d'agression sexuelle afin de semer le doute quant à savoir si l'accusé avait la *mens rea* ou l'intention criminelle requise. En vertu de ce moyen de défense, l'accusé affirme qu'il ou elle croyait sincèrement, bien que de manière erronée, que la plaignante était consentante, même si les actes sexuels ont eu lieu sans consentement.

[73] L'affaire *Osolin*, précitée, enseigne que le moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement est vraisemblable dans le cas d'une allégation d'agression sexuelle si sont rapportées : (1) la preuve de l'absence de consentement aux actes sexuels, et, (2) la preuve que, indépendamment de l'absence de consentement, l'accusé a cru sincèrement, mais de façon erronée, au consentement de la plaignante. En d'autres termes, il doit ressortir de la preuve que l'accusé croyait sincèrement que la plaignante avait communiqué de façon affirmative, par des mots ou par sa conduite, son consentement à l'acte sexuel en question malgré le manque de consentement (*Ewanchuk* aux paragraphes 46 à 49).

[74] Pour qu'il y ait « vraisemblance » au moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement, il est également nécessaire que la preuve satisfasse aux critères établis à l'article 273.2 du *Code criminel*, notamment : la croyance ne doit pas découler d'une intoxication volontaire, de l'insouciance ou de l'ignorance volontaire, et l'accusé ne doit pas avoir négligé de prendre les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait connaissance, pour confirmer de façon affirmative que la plaignante avait communiqué son consentement.

[75] The evidence of lack of consent may be derived from the complainant's own testimony. To prove honest but mistaken belief, however, the accused cannot simply state that he or she honestly believed the complainant consented. The assertion must be "supported to some degree by other evidence or circumstances" (*Osolin*, above, at paragraph 116; see also *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782 at page 790 (*Bulmer*); *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777 at paragraph 15 (*Esau*); *Ewanchuk*, above, at paragraphs 53 to 60). The support for this assertion may come from the accused or from other sources, but the support must be established before the defence of honest but mistaken belief can be put to the jury (*Cinous*, above, at paragraph 53; *Osolin*; *Esau*; *Ewanchuk*). For instance, an inference drawn from the circumstances or the conduct of the complainant may ground the assertion where the circumstances or the specific conduct are described by the accused.

[76] It must be noted that, in the absence of circumstances or conduct supporting an assertion of belief in consent, that belief will no doubt fall into the realm of "wilful blindness" (*Osolin*). Similarly, it would be impossible to conclude that the accused had taken reasonable steps in the circumstances to have affirmative confirmation that the complainant was consenting if he is incapable of describing the circumstances or the conduct of the complainant that led him to believe in the consent of the latter. Hence, additional support is necessary to satisfy the requirements contained in section 273.2 of the *Criminal Code* and to show that the defence of honest, but erroneous belief has an air of reality.

[77] Once this threshold has been met, subject to my comments below at paragraph 78, it is for the jury to determine whether the Crown has proven the accused guilty beyond a reasonable doubt.

[78] Normally, where the versions of events as to what occurred are diametrically opposed, there can be no air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent, and a judge should refuse to put the defence to the jury. This will normally arise where the acceptance of one version necessarily involves the

[75] La preuve de l'absence de consentement peut découler du témoignage de la plaignante. Toutefois, une simple affirmation de croyance au consentement dans le témoignage de l'accusé n'est pas suffisante pour prouver la croyance sincère mais erronée au consentement. L'affirmation doit être « appuyé[e] dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuves ou circonstances » (*Osolin*, précité, au paragraphe 116; voir aussi *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782 à la page 790 (*Bulmer*); *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777 au paragraphe 15 (*Esau*); *Ewanchuk*, précité, aux paragraphes 53 à 60). L'appui à l'affirmation peut provenir de l'accusé ou d'autres sources, mais il doit être établi avant que le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée au consentement puisse être présenté au jury (*Cinous*, précité, au paragraphe 53; *Osolin*; *Esau*; *Ewanchuk*). Par exemple, une inférence qui découle des circonstances ou de la conduite de la plaignante peut servir d'appui à l'affirmation lorsque les circonstances ou la conduite précise sont relatées par l'accusé.

[76] Il convient de noter qu'en l'absence de circonstances ou de conduite pouvant appuyer l'affirmation de croyance au consentement, la croyance serait sans doute du domaine de l'« ignorance volontaire » (*Osolin*). De même, il serait impossible de conclure que l'accusé avait pris les mesures raisonnables dans les circonstances pour affirmativement confirmer le consentement de la plaignante s'il était incapable de relater les circonstances ou la conduite qui l'aurait amené à croire au consentement. Ainsi, un appui supplémentaire est nécessaire pour satisfaire aux critères établis à l'article 273.2 du *Code criminel* et démontrer la vraisemblance du moyen de défense de croyance sincère mais erronée.

[77] Une fois ces éléments établis, sous réserve de mes observations ci-dessous au paragraphe 78, il revient au jury de décider si la Couronne a prouvé que l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable.

[78] En temps normal, lorsque les versions de ce qui s'est produit sont diamétralement opposées, le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée au consentement ne peut être vraisemblable, et le juge devrait refuser de présenter le moyen au jury. Tel est le cas lorsque retenir une version signifie nécessairement

rejection of the other; the sole issue is one of credibility (consent or absence of consent) and the defence of mistaken belief in consent should not be put to the jury (*R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at paragraph 25 (*Park*)). However, it must always be borne in mind that a jury may decide to accept all or none of a witness's testimony, or accept parts of it in conjunction with other versions.

III. Issues

[79] Given my opinion that the Chief Justice had a duty to put all defences that had an air of reality to the committee, even defences that had not been raised, without being required to state grounds for doing so, there is only one issue to determine:

On the basis of all of the evidence, was there some evidence as to each element of the defence such that a properly instructed jury could have reasonably concluded the defence of honest but mistaken belief in consent was established in the circumstances of the case?

IV. Analysis

A. In view of the circumstances, were the elements of the air of reality test met?

[80] This now leads me to my analysis of the law and the facts to determine whether, in view of the circumstances, the defence of honest but mistaken belief had an air of reality and should have been put to the committee. Given that the decision to put a defence to a jury is a question of law, the standard of review applicable herein is the standard of correctness.

[81] I will commence my analysis with the undisputed facts: Warrant Officer Gagnon [respondent] and former Corporal S.V.R. were both members of the Regiment de la Chaudière reserve unit (Regiment). The respondent was of a higher rank than Ms. S.V.R., but they did not work in the same chain of command. They had an exclusively professional relationship.

rejetter l'autre; la question qui se pose est uniquement une question de crédibilité (de consentement ou absence de consentement), et le moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne doit pas être présenté au jury (*R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, au paragraphe 25 (*Park*)). Cependant, il faut toujours garder à l'esprit que le jury peut décider de retenir ou de rejeter l'ensemble du témoignage d'un témoin ou d'en retenir certaines parties en conjonction avec d'autres versions des faits.

III. Questions en litige

[79] Compte tenu de mon avis que le juge en chef était tenu de présenter tous les moyens de défense vraisemblables au comité, même les moyens non-soulevés, sans être tenu de motiver cette mesure, il n'y a qu'une question à être décidée :

À la lumière de l'ensemble de la preuve, a-t-il été rapporté au moins un élément de preuve relativement à chaque élément de la défense de sorte qu'un comité ayant reçu les directives appropriées aurait pu raisonnablement conclure que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement avait été établie dans les circonstances de la présente affaire?

IV. Analyse

A. Vu les circonstances, les éléments du critère de la vraisemblance étaient-ils satisfaits?

[80] Cela m'amène maintenant à mon analyse du droit et des faits afin de déterminer si, dans les circonstances, le moyen de défense de croyance sincère était vraisemblable et aurait dû être présenté au comité. Vu que la décision de présenter une défense à un jury est une question de droit, la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision correcte.

[81] Je commencerai mon analyse avec les faits non-contestés : l'adjudant Gagnon (intimé) et l'ex-caporale S.V.R. (M^{me} S.V.R.) étaient tous deux membres de l'unité de réserve du Régiment de la Chaudière (Régiment). L'intimé était de rang supérieur à M^{me} S.V.R., mais ils n'étaient pas intégrés à la même chaîne de commandement. Ils avaient une relation exclusivement professionnelle.

[82] The events in question took place on December 15, 2011, on the evening of the annual dinner for the permanent members of the Regiment. After the dinner at the Vieux Duluth restaurant, some members of the Regiment, including the respondent and Ms. S.V.R., remained at the restaurant to talk and have some more wine. They then decided to attend a concert at the school of Master Corporal Desbiens' son. The respondent and Ms. S.V.R. thus travelled with her and her husband to the concert. However, sensing a discomfort between the spouses, the respondent and Ms. S.V.R. decided to get out of the vehicle and leave.

[83] Ms. S.V.R. testified that, after getting out of the vehicle, she and the respondent went to a woman's apartment to call a taxi. While waiting for the taxi to arrive, the respondent asked Ms. S.V.R. if she wanted to continue the evening at the bar la P'tite Grenouille. She refused. The respondent then left on foot for the armoury, about two kilometres away, and Ms. S.V.R. followed him. On this point, Warrant Officer Gagnon testified that he never called a taxi and that Ms. S.V.R. offered to have him go to her place. He testified that he replied: [TRANSLATION] "No, I ain't going to your place, that could be too dangerous. I ain't going to your place. I'm going straight to the armoury".

[84] It must be noted that Ms. S.V.R. also testified that she had suggested that the two go to her place, but the chronological order given by her differed somewhat from that of the respondent. She stated that, after arriving at the armoury, and unable to reach a taxi, she suggested that the respondent go to her place for a drink and to call a taxi. Ms. S.V.R. stated that the accused replied: [TRANSLATION] "[no], I won't go to your place because if I go, I'll definitely want to have a fling with you".

[85] Before leaving the armoury, Warrant Officer Gagnon asked Ms. Gagnon to "go upstairs" to talk. Ms. S.V.R. testified that, while going upstairs, she had two possibilities in mind: either the respondent wanted to talk about the trouble between Master Corporal Desbiens and her spouse, or he wanted to express his desire to have sexual relations with her. She testified that the respondent had offered her his hand while

[82] Les événements en question ont eu lieu le 15 décembre 2011, le soir du dîner annuel des membres permanents du Régiment. Après le dîner au restaurant Vieux Duluth, certains des membres du Régiment, y compris l'intimé et M^{me} S.V.R., sont demeurés au restaurant pour discuter et consommer d'autres verres de vin. Ils ont par la suite décidé d'assister au spectacle qui avait lieu à l'école du fils d'une des membres, la caporale-chef Desbiens. L'intimé et M^{me} S.V.R. ont donc embarqué en voiture avec cette dernière et son mari en direction de l'école. Or, sentant un malaise entre les conjoints, l'intimé et M^{me} S.V.R. ont décidé de sortir de la voiture et de quitter les lieux.

[83] M^{me} S.V.R. a témoigné que, après qu'ils soient sortis de la voiture, elle et l'intimé sont entrés dans le logement d'une dame pour appeler un taxi. En attendant l'arrivée du taxi, l'intimé a demandé à M^{me} S.V.R. si elle voulait continuer la soirée au bar la P'tite Grenouille. Elle a refusé. L'intimé est donc parti à pied vers le manège militaire situé à environ deux kilomètres, et M^{me} S.V.R. l'a suivi. Sur ce point, l'adjudant Gagnon a témoigné qu'il n'avait jamais appelé un taxi et que M^{me} S.V.R. lui a proposé d'aller chez elle. Il a témoigné avoir répondu : « Non, moé, je va pas chez vous, ça peut être trop dangereux. Je va pas chez vous, moé, j'm'en va direct au manège ».

[84] Il faut noter que M^{me} S.V.R. a aussi témoigné qu'elle avait proposé que tous deux aillent chez elle, mais l'ordre chronologique relaté par celle-ci diffère un peu de celui de l'intimé. Elle dit qu'après être arrivée au manège militaire, et n'étant pas capable de contacter un taxi, elle a proposé à l'intimé d'aller chez elle pour prendre un verre et appeler un taxi. M^{me} S.V.R. dit que l'accusé a répondu : « [n]on, je ne vais pas chez toi parce que si j'y vais, c'est sûr que je vais avoir envie de te swigner ».

[85] Avant de partir du manège, l'adjudant Gagnon a demandé à M^{me} S.V.R. de « monter en haut » pour discuter. M^{me} S.V.R. a témoigné qu'en montant l'escalier elle avait deux hypothèses à l'esprit : soit que l'intimé voulait parler des difficultés entre la caporale-chef Desbiens et son conjoint, ou soit qu'il voulait communiquer son désir d'avoir un rapport amoureux avec elle. Elle a témoigné que l'intimé lui avait tendu

going up the stairs (which the respondent denied) and that she took it. According to Ms. S.V.R.'s version of the facts, they then went upstairs, hand in hand.

[86] The respondent testified that, once upstairs, they went to the mess, that there were no lights and that the room was dark. Ms. S.V.R. testified that it was not too dark because the television was on. Regardless: the room was empty, except for them, and no lights were on. Neither of them tried to turn on the lights after entering the room. It was dark at the time (around 19:00) in Quebec.

[87] Up to that point, although there are some discrepancies between the two versions of events, it cannot be said that they are diametrically opposed. It is rather at that point that significant differences begin to emerge. That being said, there are nonetheless some similarities.

[88] Ms. S.V.R. testified that, once upstairs, Warrant Officer Gagnon had her sit on a couch and began to kiss her, but that she turned her face to try to avoid it. She stated, however, that her mouth was partly open during the kiss and that the respondent could have interpreted that as consent to kiss her on the mouth. She stated that the respondent then pulled down her bra and touched her breasts with his hands and his mouth. She replied [TRANSLATION] "ouch", but Warrant Officer Gagnon told her to be quiet. She testified that she did not say anything else about him touching and kissing her breasts.

[89] Ms. S.V.R. testified that she expressed her discomfort, particularly as she was afraid of becoming pregnant, and that the respondent replied that he had had a vasectomy. He continued by pulling down Ms. S.V.R.'s pants and underwear, laying her on the floor and performing cunnilingus. She testified that she told him she did not want to go any further. She then tried to crawl backwards on her elbows and buttocks, but Warrant Officer Gagnon did not change his position and inserted two or three fingers in her vagina. She testified that she repeated that she did not want to continue and that he stopped.

la main en montant l'escalier (un fait qui est nié par l'intimé) et qu'elle l'a prise. Selon la version des faits de M^{me} S.V.R., ils sont alors montés à l'étage, main dans la main.

[86] L'intimé a témoigné que, une fois en haut, ils sont entrés dans le mess, qu'il n'y avait pas de lumière et que la salle était sombre. M^{me} S.V.R. a témoigné qu'il ne faisait pas trop sombre parce que la télévision était allumée. Peu importe : la salle était vide, sauf pour eux, et il n'y avait pas de lumières allumées. Ni l'un ni l'autre n'a tenté d'allumer les lumières après qu'ils furent entrés dans la salle. Il faisait noir à cette heure (vers 19 h) au Québec.

[87] Jusqu'à ce point, même s'il y a quelques divergences dans les deux versions des faits, il n'est pas possible de dire que ces versions sont diamétralement opposées. C'est plutôt à partir d'ici que des différences importantes se manifestent. Cela dit, on constate tout de même certaines similarités.

[88] M^{me} S.V.R. a témoigné que, une fois en haut, l'adjudant Gagnon l'a fait asseoir sur un fauteuil et a commencé à l'embrasser, mais qu'elle a tourné le visage pour tenter de l'éviter. Elle dit par contre que sa bouche était entrouverte pendant le baiser et que l'intimé aurait pu interpréter ceci comme un consentement au baiser sur la bouche. Par la suite, elle dit que l'intimé a baissé les bonnets de son soutien-gorge et lui a touché les seins avec ses mains et sa bouche. Elle a répondu « [a]yoye », mais l'adjudant Gagnon lui a répondu de se taire. Elle a témoigné qu'elle n'a rien dit de plus sur les attouchements et baisers sur ses seins.

[89] M^{me} S.V.R. a témoigné qu'elle a exprimé son malaise, surtout qu'elle avait peur de tomber enceinte, et que l'intimé lui a répondu qu'il avait eu une vasectomie. Il a continué en baissant les pantalons et le sous-vêtement de M^{me} S.V.R., l'a couchée sur le sol, et lui a fait un cunnilingus. Elle a témoigné qu'elle lui a indiqué qu'elle ne voulait pas aller plus loin. Elle a donc tenté de ramper par en arrière avec ses coudes et ses fesses, mais l'adjudant Gagnon n'a pas bougé de position et a inséré deux ou trois doigts dans son vagin. Elle a témoigné avoir répété qu'elle ne voulait pas continuer et qu'il s'est arrêté.

[90] Ms. S.V.R. stated that she wiped vaginal secretions from the respondent's face after the cunnilingus ended. When she got up to collect her personal effects, she stated that Warrant Officer Gagnon stood in front of her with his penis partially erect. She testified that he turned her around to face the couch with her back toward him and tried to penetrate her, unsuccessfully. She stated that she asked him to stop, and he did. The respondent and Ms. S.V.R. then got dressed.

[91] Ms. S.V.R. testified that, before leaving, she sat on the respondent's lap and they talked about their sex lives. They then went to their respective vehicles, as agreed.

[92] For his part, the respondent testified that, when they arrived at the mess, he sat on the floor, offering a hand to Ms. S.V.R., and, to his surprise, she came to him and sat straddling him. In that position, they talked for about fifteen minutes about work, their personal lives and their sexuality. According to the respondent, he touched Ms. S.V.R.'s breasts, she opened her mouth and they began to kiss. The respondent testified that he then helped her lie on the floor, removed her pants and underwear and performed cunnilingus. He then inserted a finger in her vagina and she cried out with pleasure. He testified that he then took Ms. S.V.R.'s hand to help her up and that he positioned her to bend slightly over the couch. He stated that he pulled down his underwear and tried to penetrate her, unsuccessfully. It was then that Ms. S.V.R. asked him to stop. He stopped, and they got dressed. The respondent testified that was the only time that Ms. S.V.R. expressed a desire to stop what they were doing, and he respected that request.

[93] Neither the respondent nor Ms. S.V.R. testified in any material way about the effects of the alcohol, and the parties did not contend that alcohol should be a consideration in the analysis of the issue of consent or in the examination of section 273.2 of the *Criminal Code*.

[94] In his factum, counsel for the respondent cited *Park*, above, where the Supreme Court of Canada

[90] M^{me} S.V.R. dit qu'elle a essuyé des sécrétions vaginales du visage de l'intimé après le cunnilingus terminé. Ensuite, lorsqu'elle s'est levée pour aller récupérer ses effets personnels, elle dit que l'adjudant Gagnon s'est positionné devant elle avec son pénis en semi-érection. Elle a témoigné qu'il l'a retournée afin qu'elle fasse face au divan et dos à lui, et a tenté de la pénétrer, sans succès. Elle dit qu'elle lui a demandé d'arrêter, ce qu'il a fait. L'intimé et M^{me} S.V.R. se sont ensuite habillés.

[91] M^{me} S.V.R. a témoigné qu'avant de partir, elle s'est assise sur les cuisses de l'intimé et ils ont parlé de leur vie sexuelle. Ensuite, ils sont partis récupérer leurs véhicules respectifs, tel que convenu.

[92] L'intimé, pour sa part, a témoigné que, rendu au mess, il s'est assis sur le plancher, offrant une main à M^{me} S.V.R., et qu'à sa surprise, elle est venue s'asseoir en califourchon sur lui. Dans cette position, ils ont discuté pendant environ quinze minutes du travail, de leur vie personnelle, et de leur sexualité. Selon l'intimé, il a touché les seins de M^{me} S.V.R., elle a ouvert la bouche, et ils ont commencé à s'embrasser. L'intimé a témoigné qu'il l'a ensuite aidée à se placer sur le sol, a enlevé ses pantalons et sous-vêtement, et lui a donné un cunnilingus. Par la suite, il lui a mis un doigt dans le vagin et elle a poussé un cri de plaisir. Il a témoigné qu'il a ensuite pris la main de M^{me} S.V.R. pour l'aider à se lever et qu'il l'a fait pencher légèrement contre le divan. Il dit qu'il a baissé son caleçon et a tenté de la pénétrer sans succès. C'est à ce moment que M^{me} S.V.R. lui aurait demandé d'arrêter. Il a arrêté et ils se sont habillés. L'intimé témoigne que c'est le seul moment où M^{me} S.V.R. a manifesté la volonté de tout arrêter, et qu'il a respecté sa demande.

[93] Ni l'intimé, ni M^{me} S.V.R. n'a vraiment témoigné sur l'effet de l'alcool, et les parties n'ont pas soutenu que l'alcool devrait être une considération dans l'analyse de la question du consentement ou dans l'examen de l'article 273.2 du *Code criminel*.

[94] Dans son mémoire, l'avocat de l'intimé cite l'arrêt *Park*, précité, par lequel la Cour suprême du

stated that the trier of fact can accept parts of the complainant's evidence and parts of the accused's evidence, to find that there is a scenario—a third version of events—that supports a defence of honest but mistaken belief. In his factum, counsel describes that third version as follows:

Canada enseigne que le juge des faits peut retenir certaines parties de la preuve de la plaignante, ainsi que certaines parties de la preuve de l'accusé, pour conclure en l'existence d'un scénario — une troisième version des faits — qui appuierait le moyen de défense de croyance sincère mais erronée. Dans son mémoire, l'avocat expose cette troisième version comme suit :

[TRANSLATION]

- “The respondent believed that the complainant wanted to have sexual relations given that—just prior to the sexual activities—the complainant voluntarily sat straddling him”;
 - “The respondent believed that the complainant wanted to have sexual relations given the sexual nature of the conversation that he had with the complainant while she sat straddling him”;
 - “The respondent believed that the complainant wanted to be kissed given that the complainant opened her mouth as though to be kissed”;
 - “The respondent believed that the complainant was enjoying the cunnilingus and the finger penetration because she let out a little cry”;
 - “The respondent believed that the complainant consented to the sexual activities given the gradual progression of the sexual contact, including the touching and kissing of her breasts, without any reluctance from the complainant”;
 - “The respondent believed that the complainant wanted to have sexual relations given that she then let herself be undressed and lifted her buttocks to help him remove her underwear”;
 - “The respondent believed that the complainant was comfortable with him and [consented] to the sexual activities given that she came to him to wipe the vaginal secretions from his face”;
 - “The respondent believed that the complainant wanted to have sexual relations given that she
- « l'intimé croyait que la plaignante désirait une relation sexuelle étant donné que — juste avant les activités sexuelles — la plaignante s'est volontairement assise sur lui à califourchon »;
 - « l'intimé croyait que la plaignante désirait une relation sexuelle vu la nature sexuelle de la conversation qu'il entretenait avec la plaignante alors qu'elle est assise sur lui à califourchon »;
 - « l'intimé croyait que la plaignante désirait être embrassée vu que la plaignante a entre-ouvert la bouche comme pour se faire embrasser »;
 - « l'intimé croyait que la plaignante avait du plaisir lors du cunnilingus et la pénétration digitale vu qu'elle a échappé un petit cri »;
 - « l'intimé croyait que la plaignante consentait aux activités sexuelles en cours vu l'évolution progressive des contacts de natures sexuelles, dont les caresses et les bécotes sur les seins, sans réticence de la part de la plaignante »;
 - « l'intimé croyait que la plaignante désirait une relation sexuelle vu qu'ensuite elle se laisse déshabiller et relève ses hanches pour l'aider à enlever ses culottes »;
 - « l'intimé croyait que la plaignante était à l'aise avec lui et [consentait] aux activités sexuelles en cours vu qu'elle s'est approchée de lui pour lui essuyer les sécrétions vaginales qu'il avait au visage »;
 - « l'intimé croyait que la plaignante désirait une relation sexuelle vu qu'elle lui [présentait] ses fesses

[presented] her nude buttocks, bent over with her hands on the couch, her legs spread, for 30 seconds.”

[95] I note that the versions of events provided by Ms. S.V.R. and the respondent are not diametrically opposed. Both testified that Ms. S.V.R. sat on the respondent’s lap; Ms. S.V.R. claimed that it was after the sexual relations, while the respondent claimed that it was before. Moreover, in a prior statement to the police, Ms. S.V.R. stated that she had [TRANSLATION] “opened [my] mouth as though I was receptive” and that the respondent “could have thought that I wanted to” when she let out a little cry, that cry being an event confirmed by both witnesses. Finally, Ms. S.V.R. testified that she raised herself up on her elbows to get away from the respondent, while he stated that she raised herself to help him take off her underwear. Those stories are not diametrically opposed.

[96] As stated above, it must be determined that the defence of honest but mistaken belief has an air of reality before it is put to the jury, or, in this case, to the committee (see: *Osolin*, *Cinous* and *Ewanchuk*, above).

[97] The defence of honest but mistaken belief in consent will have an air of reality only if certain elements are established, in particular: (1) a lack of consent to the sexual acts must be shown, and; (2) it must be shown that, notwithstanding the lack of consent, the accused sincerely, but erroneously, believed in the consent of the complainant (*Osolin*). In other words, the evidence must show that he believed that the complainant affirmatively communicated, by words or conduct, her consent to engage in the sexual activity in question, in spite of her lack of consent (*Ewanchuk*, at paragraphs 46-49). In addition, the evidence must satisfy the criteria established in section 273.2 of the *Criminal Code*, in particular: the belief must not have arisen from the accused’s self-induced intoxication, recklessness or wilful blindness, and the accused must not have failed to take reasonable steps, in the circumstances, to affirmatively ascertain that the complainant had communicated her consent.

nues en position penchée les mains appuyées contre le divan, les jambes entre-ouvertes, et ce, pendant 30 secondes. »

[95] Je note que les versions des événements qui ont été avancées par M^{me} S.V.R. et l’accusé ne sont pas diamétralement opposées. Tous deux ont témoigné que M^{me} S.V.R. s’est assise sur les cuisses de l’intimé; M^{me} S.V.R. soutient que c’était après la relation sexuelle, alors que l’intimé soutient que c’était avant. De plus, lors d’une déclaration antérieure à la police, M^{me} S.V.R. a affirmé qu’elle avait « ouvert la bouche comme si j’étais réceptive » et que l’intimé « aurait pu penser que j’aurais voulu » lorsqu’elle a poussé un petit cri, ce cri étant un événement confirmé par les deux témoins. Enfin, M^{me} S.V.R. a témoigné qu’elle s’est levée sur les coudes pour s’éloigner de l’intimé, alors que ce dernier a dit qu’elle s’est levée pour l’aider à enlever ses pantalons et sous-vêtement. Ces versions ne sont pas diamétralement opposées.

[96] Tel qu’indiqué précédemment, la vraisemblance d’un moyen de défense doit être établie avant qu’il ne soit présenté au jury, ou en l’occurrence, au comité (voir : *Osolin*, *Cinous* et *Ewanchuk*, précités).

[97] Pour qu’il y ait « vraisemblance » du moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement, il est nécessaire de démontrer certains éléments, notamment : (1) la preuve de l’absence de consentement aux actes sexuels, et; (2) la preuve que, indépendamment de l’absence de consentement, l’accusé a cru sincèrement, mais de façon erronée, au consentement de la plaignante (*Osolin*). En d’autres termes, il doit ressortir de la preuve que l’accusé croyait que la plaignante avait communiqué de façon affirmative, par des mots ou par sa conduite, son contentement à l’acte sexuel en question malgré le manque de consentement (*Ewanchuk*, aux paragraphes 46 à 49). Il est également nécessaire que la preuve satisfasse aux critères établis à l’article 273.2 du *Code criminel*, notamment : la croyance ne doit pas découler d’une intoxication volontaire, de l’insouciance ou de l’ignorance volontaire, et l’accusé ne doit pas avoir négligé de prendre les mesures raisonnables, dans les circonstances, pour confirmer de façon affirmative que la plaignante avait communiqué son consentement.

[98] In this case, the testimony of Ms. S.V.R. is proof of her lack of consent, and the testimony of the accused is more than a bare assertion of belief in consent. He described words and specific acts on the part of the complainant that led him to believe that she was consenting. Certain important aspects of the respondent's evidence were corroborated by the complainant. Under the circumstances, I am of the opinion that the respondent did not fail to take reasonable steps, in the circumstances known to him at the time, to ascertain that the complainant had affirmatively communicated, by words or conduct, her consent.

[99] In view of these considerations, and since the respective versions of events were not diametrically opposed, it was for the committee to determine whether the respondent was guilty beyond a reasonable doubt. The Chief Justice correctly put to the committee the defence of honest but mistaken belief in consent.

[100] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

[98] En l'espèce, le témoignage de M^{me} S.V.R. constitue un élément de preuve quant à son manque de consentement, et le témoignage de l'accusé va plus loin qu'une simple affirmation de croyance au consentement. Il a relaté des paroles et des actes précis de la part de la plaignante qui l'ont amené à croire qu'elle était consentante. Certains éléments importants de la preuve de l'intimé ont été corroborés par la plaignante. Dans les circonstances, je suis de l'avis que l'intimé n'ait pas négligé de prendre les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer que la plaignante avait communiqué de façon affirmative, par des mots ou par sa conduite, son consentement.

[99] Vu ces éléments, et les versions des faits relatés n'étant pas diamétralement opposées, il revenait au comité de déterminer si l'intimé était coupable hors de tout doute raisonnable. Le juge en chef a eu raison de présenter le moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement au comité.

[100] Pour les raisons ci-dessus, je rejetterais l'appel.