

R. v. MacIntyre, 2019 CMAC 3

CMAC 594

Her Majesty the Queen

Appellant,

v.

Sergeant K.J. MacIntyre

Respondent.

Heard: Halifax, Nova Scotia, March 27, 2019.

Judgment: Ottawa, Ontario, June 28, 2019.

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

On appeal from the legality of the acquittal by a General Court Martial at Halifax, Nova Scotia, on June 27, 2018.

Sexual offences — Sexual assault contrary to s. 271 of the Criminal Code — Consent — Knowledge of the absence of consent is an essential element of the mens rea for the offence of sexual assault that the Crown must prove beyond reasonable doubt — The accused's honest but mistaken belief in consent is a defence; the jury should not be directed about it absent some foundation in the evidence for such an honest belief, an "air of reality" — Military Judge was correct in advising the panel members that if they believed the evidence of the complainant, they would have no difficulty in concluding that the respondent knew she was not consenting to the sexual activity.

The Crown appeals the acquittal by a General Court Martial on a charge of sexual assault. As they were deployed in Europe to support military exercises, the respondent and the complainant, along with two other colleagues, went to drink and eat at a restaurant and then to their hotel bar, on the evening of their arrival in Glasgow. The complainant went to bed and the respondent left her. Testimonies differ from this point; essentially, the respondent went back to see the complainant, undressed, went to bed with her and they had sex.

The Military Judge refused to leave the defence of honest but mistaken belief in consent with the panel, but did instruct it that the Crown had to prove that the respondent knew that the complainant did not consent. He also instructed the panel members that if they believed the Crown's

R. c. MacIntyre, 2019 CACM 3

CMAC 594

Sa Majesté la Reine

Appelante,

c.

Sergent K.J. MacIntyre

Intimé.

Audience : Halifax (Nouvelle-Écosse), le 27 mars 2019.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 28 juin 2019.

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

Appel de la légalité de l'acquiescement rendu par la cour martiale générale à Halifax (Nouvelle-Écosse), le 27 juin 2018.

Infractions à caractère sexuel — Agression sexuelle en violation de l'art. 271 du Code criminel — Consentement — La connaissance de l'absence de consentement constitue un élément de la mens rea de l'infraction d'agression sexuelle que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable — La croyance sincère mais erronée de l'accusé au consentement est un moyen de défense; le comité ne devrait pas recevoir de directives à cet égard à défaut d'un quelconque fondement dans la preuve d'une telle croyance sincère, une « apparence de vraisemblance » — Le juge militaire a eu raison d'informer les membres du comité que, s'ils croyaient au témoignage de la plaignante, ils n'auraient aucune difficulté à conclure que l'intimé savait qu'elle ne consentait pas à l'activité sexuelle.

La Couronne interjette appel de l'acquiescement prononcé par la cour martiale générale sur un chef d'accusation d'agression sexuelle. Alors qu'ils étaient dépêchés en Europe pour prêter appui lors d'exercices militaires, la plaignante et l'intimé, en compagnie de deux autres collègues, ont été boire et manger au restaurant et ensuite au bar de leur hôtel, le soir de leur arrivée à Glasgow. La plaignante a été se coucher et l'intimé l'a accompagné jusqu'à sa chambre, puis l'a quitté. Les témoignages de la plaignante et de l'intimé se contredisent sur la suite; essentiellement, l'intimé est retourné voir la plaignante, s'est déshabillé, s'est blotté contre elle et ils ont eu une relation sexuelle.

Le juge militaire a refusé de laisser la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement à l'appréciation du comité, mais lui a donné pour directive que la Couronne devait prouver que l'intimé savait que la plaignante n'avait pas consenti. Il a aussi instruit les membres

theory that the respondent entered the complainant's room uninvited, or that she said "no" to the respondent while pushing his hand away from her, then they should have no difficulty concluding that the complainant did not consent. The panel acquitted the respondent. On appeal, the Crown raises two issues, namely, whether the Military Judge was correct when he instructed the panel that the Crown had to prove beyond a reasonable doubt that the respondent had to know that the complainant was not consenting; and whether the Military Judge erred in his instruction relating to the inadequacy of the police investigation.

Held: Appeal dismissed.

Viewing the instructions as a whole, the Military Judge did not err in law; the appeal is dismissed. The Crown submits that absent an air of reality in relation to the accused's honest but mistaken belief, the Crown does not have to prove knowledge of absence of consent. Instructing a jury on a knowledge element would essentially be to put the defence to the jury in the absence of an air of reality. Knowledge of lack of consent therefore would not be an element of the *mens rea* that the Crown needs to prove beyond a reasonable doubt unless there was an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent. Once there was an air of reality, the burden would shift to the Crown to prove, beyond a reasonable doubt, that the accused had knowledge of lack of consent by the complainant. While interesting, this argument is contrary to the settled Supreme Court of Canada jurisprudence; knowledge of lack of consent is an essential element of the offence of sexual assault and it must be proven by the Crown. Also, the accused's honest but mistaken belief in consent is a defence; the jury should not be directed about it absent some foundation in the evidence for such an honest belief, an "air of reality". In this case, the Military Judge was correct in refusing to leave honest but mistaken belief in consent with the panel. At last, in cases in which the defence of honest but mistaken belief has no air of reality and the trier of fact is satisfied beyond a reasonable doubt that the complainant did not consent to the sexual activity, he will have little difficulty drawing the inference that the accused knew that the complainant did not consent. Following this principle, the Military Judge reviewed the evidence carefully and advised the panel that if they believed the evidence of the complainant, they would have no difficulty in concluding that the respondent knew she was not consenting to the sexual activity.

du comité que s'ils croyaient la plaignante qui affirmait que l'intimé était entré dans sa chambre sans y être invité, ou qu'elle avait dit « non » à plusieurs reprises à l'intimé tout en repoussant sa main, alors ils ne devraient avoir aucune difficulté à conclure que l'intimé savait que la plaignante n'avait pas consenti. Le comité a acquitté l'intimé. La Couronne soulève deux questions en appel, soit : le juge militaire a-t-il eu raison de donner pour directive au comité que la Couronne devait prouver hors de tout doute raisonnable que l'intimé devait savoir que la plaignante n'était pas consentante?; et le juge militaire a-t-il commis une erreur dans ses directives relatives à l'insuffisance de l'enquête policière?

Arrêt : Appel rejeté.

En considérant les directives dans leur ensemble, le juge militaire n'a pas commis d'erreur de droit; l'appel est rejeté. La Couronne avance qu'en l'absence d'une apparence de vraisemblance quant à la croyance sincère mais erronée de l'accusé, elle n'a pas à prouver la connaissance de l'absence de consentement. Donner des directives au jury sur l'élément de connaissance reviendrait ainsi essentiellement à présenter la défense au jury en l'absence d'une apparence de vraisemblance. La connaissance de l'absence de consentement ne serait donc pas un élément de la *mens rea* que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable, à moins qu'il y ait une apparence de vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, auquel cas il incomberait à la Couronne de prouver, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé avait connaissance de l'absence de consentement de la plaignante. Bien qu'intéressant, cet argument est contraire à la jurisprudence établie par la Cour suprême du Canada; la connaissance de l'absence de consentement constitue un élément essentiel de l'infraction d'agression sexuelle et doit être prouvée par la Couronne. Aussi, la croyance sincère mais erronée de l'accusé au consentement est un moyen de défense; le jury ne devrait pas recevoir de directives à cet égard à défaut d'un quelconque fondement dans la preuve d'une telle croyance sincère, une « apparence de vraisemblance ». En l'espèce, le juge militaire a eu raison de refuser de présenter la croyance sincère mais erronée au consentement à l'appréciation du jury. Enfin, dans les cas où le moyen de défense fondé sur une croyance sincère mais erronée n'a aucune apparence de vraisemblance et que le juge des faits est convaincu hors de tout doute raisonnable que la plaignante n'avait pas consenti à l'activité sexuelle, il n'aura aucune difficulté à en déduire que l'accusé savait que la plaignante n'avait pas consenti. Suivant ce principe, le juge militaire a soigneusement examiné la preuve et informé les membres du comité que, s'ils croyaient au témoignage de la plaignante, ils n'auraient aucune difficulté à conclure que l'intimé savait qu'elle ne consentait pas à l'activité sexuelle.

The Crown also submits that the Military Judge instructed the panel that if they found the investigation inadequate, they could acquit. When the instruction is read as a whole, the panel could not have been confused with respect to the role of the police investigation. The panel was entitled to consider such things in the context of assessing the credibility and reliability of the witnesses. No aspersions were cast on the credibility or reliability of the complainant as a result of the police investigation. It should be noted that the Crown failed to object to this instruction at trial.

La Couronne prétend également que le juge militaire a indiqué aux membres du comité que, s'ils trouvaient que l'enquête sur la plainte était insuffisante, ils pouvaient prononcer l'acquittement. Il ressort de la directive dans son ensemble que le comité n'aurait pu être induit en erreur en ce qui concerne le rôle de l'enquête policière. Le comité était en droit de considérer de tels éléments dans le cadre de l'évaluation de la crédibilité et de la fiabilité des témoins. Aucune atteinte n'a été portée à la crédibilité ou à la fiabilité de la plaignante à la suite de l'enquête de la police. Il est à noter que la Couronne a fait défaut de s'opposer à cette directive lors du procès.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 172.1(3), 172.1(4), 273.1, 273.2(b).
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 130(1)(b).

CASES CITED

Cullen v. The King, [1949] S.C.R. 658, 94 C.C.C. 337; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, 111 D.L.R. (3d) 1; *R. v. Barton*, 2017 ABCA 216, 354 C.C.C. (3d) 245; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Calnen*, 2019 SCC 6, [2019] 1 S.C.R. 301; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, 169 D.L.R. (4th) 193; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, 143 D.L.R. (4th) 433; *R. v. McGrath*, 2013 ONCJ 528, 108 W.C.B. (2d) 392; *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3; *R. v. Nuttall*, 2018 BCCA 479, 368 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, 75 N.R. 6; *R. v. Skedden*, 2013 ONCA 49, 105 W.C.B. (2d) 486; *R. v. Tatton*, 2015 SCC 33, [2015] 2 S.C.R. 574; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, 58 N.R. 123.

AUTHORS CITED

Ferguson, Gerry A. and Michael R. Dambrot. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, 4th ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2017.
 National Judicial Institute. *Model Jury Instructions*, revised June 2018, "Offence 271: Sexual Assault".
 Manning, Morris and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5th ed. Markham (Ont.): LexisNexis, 2015.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2018.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 172.1(3), 172.1(4), 273.1, 273.2b).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 130(1)b).

JURISPRUDENCE CITÉE

Cullen v. The King, [1949] S.C.R. 658, 94 C.C.C. 337; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, 111 D.L.R. (3^d) 1; *R. v. Barton*, 2017 ABCA 216, 354 C.C.C. (3^d) 245; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Calnen*, 2019 CSC 6, [2019] 1 R.C.S. 301; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, 169 D.L.R. (4th) 193; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, 143 D.L.R. (4th) 433; *R. v. McGrath*, 2013 ONCJ 528, 108 W.C.B. (2^d) 392; *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3; *R. v. Nuttall*, 2018 BCCA 479, 368 C.C.C. (3^d) 1; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, 75 N.R. 6; *R. v. Skedden*, 2013 ONCA 49, 105 W.C.B. (2^d) 486; *R. c. Tatton*, 2015 CSC 33, [2015] 2 R.C.S. 574; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, 58 N.R. 123.

DOCTRINE CITÉE

Ferguson, Gerry A. et Michael R. Dambrot. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, 4^e éd. Vancouver, Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2017.
 Institut national de la magistrature. *Modèles de directives au jury*, révisé en juin 2018, « Infraction 271 : Agression sexuelle ».
 Manning, Morris et Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5^e éd. Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.

Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*, loose-leaf updated March 2019. Toronto: Thomson Reuters, 2004.
 Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2015.

Roach, Kent. *Criminal Law*, 7^e éd. Toronto, Irwin Law, 2018.
 Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*, feuilles mobiles à jour en mars 2019. Toronto, Thomson Reuters, 2004.
 Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*, 2^e éd. Toronto, Carswell, 2015.

COUNSEL

Major Dominic Martin and Major Stephan Poitras, for the appellant.
David J. Bright, Q.C., for the respondent.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

[1] BENNETT J.A.: The Crown appeals the acquittal of Sgt K.J. MacIntyre (Sgt MacIntyre) on a charge of sexual assault by a General Court Martial on June 27, 2018. The Crown challenges the instructions to the panel relating to knowledge of the complainant's lack of consent and inadequate police investigation.

[2] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

I. Background

[3] The events leading to the charges occurred in Scotland, when the complainant, Lt(N) M., and Sgt MacIntyre were deployed as part of a team sent to support Canadian warships conducting exercises in Europe from September to November 2015. They arrived in Glasgow in the early morning of September 26, 2015.

[4] Lt(N) M. has been in the Canadian Armed Forces since 1999. She was commissioned from the ranks in 2009. Sgt MacIntyre is a Military Police non-commissioned officer. He joined the Canadian Armed Forces in 2002.

[5] There is no dispute over what occurred in the earlier part of the evening on September 26: the group checked into a hotel and then attended at the Glasgow

AVOCATS

Major Dominic Martin et Major Stephan Poitras, pour l'appelante.
David J. Bright, c.r., pour l'intimé.

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

[1] LA JUGE BENNETT, J.C.A. : La Couronne interjette appel de l'acquittement du sergent K.J. MacIntyre (sgt MacIntyre) prononcé par une cour martiale générale le 27 juin 2018 sur un chef d'accusation d'agression sexuelle. La Couronne conteste les directives au comité relatives à la connaissance de l'absence de consentement de la plaignante et à une enquête policière insuffisante.

[2] Pour les motifs suivants, je rejeterais l'appel.

I. Contexte

[3] Les faits qui ont abouti aux accusations se sont produits en Écosse. La plaignante, le lieutenant de vaisseau (ltv) M., et le sgt MacIntyre ont été dépêchés au sein d'une équipe chargée de prêter appui aux navires de guerre canadiens menant des exercices en Europe de septembre à novembre 2015. Ils sont arrivés à Glasgow au petit matin du 26 septembre 2015.

[4] Le ltv M. fait partie des Forces armées canadiennes depuis 1999. Elle est sortie du rang en 2009. Le sgt MacIntyre est un sous-officier de la police militaire. Il est entré dans les Forces armées canadiennes en 2002.

[5] Nul ne conteste les faits qui se sont produits au début de la soirée du 26 septembre : le groupe s'est installé à l'hôtel puis s'est rendu à la jetée de

pier for a meeting to discuss logistical arrangements for the ships that were to arrive. Afterwards, the group returned to the hotel and then went to a restaurant, the Society Room, for dinner.

[6] At the restaurant, the group, including Chief Petty Officer 2nd Class Marcipont (Chief Marcipont), Lt(N) Eldridge (a female officer), Lt(N) M., and Sgt MacIntyre, drank and socialized. Lt(N) M. was tired and jet-lagged. She described herself as tipsy but able to walk. There was no issue at trial with respect to her capacity to consent due to the consumption of alcohol.

[7] At around 22:30, Lt(N) M., Lt(N) Eldridge and Chief Marcipont decided to return to the hotel. They went to the hotel bar for a drink; however, Lt(N) M. said she only had water as she was tired. After 30 minutes, they left the bar and went to their rooms. Chief Marcipont got out at the 3rd floor, and Lt(N) Eldridge walked Lt(N) M. to her room. Once in her room, she started to remove her clothes, and recalled seeing Sgt MacIntyre standing in the doorway with Lt(N) Eldridge. She went to bed and fell asleep. She testified that she woke up 20 minutes later in a panic thinking she had lost her passport. She heard a knock on the door, and Lt(N) Eldridge and Sgt MacIntyre were there. Lt(N) Eldridge showed her where she put her passport. Lt(N) M. said she returned to bed. The other two stayed, and Lt(N) M. fell asleep. She learned from Lt(N) Eldridge the next day that the two had left her room together.

[8] Lt(N) M. testified that the next thing she remembered was someone behind her in bed, in a spooning position, naked. She felt a penis on her buttocks and a hand on top of her hip. She recognized Sgt MacIntyre's voice and had woken when he touched her genitals. She testified that she pushed his hand away and said, "No". He continued touching her. She said she pushed his hand back 10 to 15 times, sometimes falling asleep between his attempts at touching her. She said she told him that she loved her husband and did not want to cheat on him. She said he rubbed his thumb across her lips five times saying, "Shh," in

Glasgow pour discuter des arrangements logistiques concernant les navires attendus. Ensuite, le groupe est rentré à l'hôtel puis est allé manger au restaurant The Society Room.

[6] Au restaurant, le groupe, à savoir le premier maître de 2^e classe Marcipont (premier maître Marcipont), le ltv Eldridge (une femme officier), le ltv M. et le sergent MacIntyre, a bu et bavardé. Le ltv M. était fatiguée et souffrait du décalage horaire. À ses dires, elle était un peu ivre, mais capable de marcher. Au procès, sa capacité à donner son consentement en raison de la consommation d'alcool n'a pas fait l'objet de débats.

[7] Vers 22 h 30, le ltv M., le ltv Eldridge et le premier maître Marcipont ont décidé de rentrer à l'hôtel. Ils sont allés boire un verre au bar de l'hôtel; cependant, le ltv M. a dit qu'elle n'avait bu que de l'eau, car elle était fatiguée. Au bout de 30 minutes, ils ont quitté le bar et se sont dirigés vers leurs chambres. Le premier maître Marcipont est sorti au 3^e étage, et le ltv Eldridge a accompagné le ltv M. à sa chambre. Une fois dans sa chambre, le ltv M. a commencé à se dévêtir et se souvient avoir vu le sgt MacIntyre dans l'embrasure de la porte avec le ltv Eldridge. Elle est allée se coucher et s'est endormie. Elle a déclaré s'être réveillée 20 minutes plus tard, en état de panique, pensant avoir perdu son passeport. Elle a entendu frapper à la porte, et le ltv Eldridge et le sgt MacIntyre étaient là. Le ltv Eldridge lui a montré où elle avait mis son passeport. Le ltv M. a dit qu'elle s'est recouchée. Les deux autres sont restés, et le ltv M. s'est endormie. Elle a appris du ltv Eldridge le lendemain qu'ils avaient quitté sa chambre ensemble.

[8] Le ltv M. a déclaré que tout ce dont elle se souvenait par la suite était d'avoir senti quelqu'un blotti derrière elle dans son lit, nu. Elle avait senti un pénis sur ses fesses et une main sur sa hanche. Elle a reconnu la voix du sgt MacIntyre et était éveillée quand il a touché ses parties génitales. Elle a affirmé avoir repoussé sa main et avoir dit : « Non ». Il a continué à la toucher. Elle a dit qu'à 10 ou 15 reprises, elle avait repoussé sa main, s'endormant parfois entre ses tentatives. Elle a déclaré lui avoir dit qu'elle aimait son mari et qu'elle ne voulait pas le tromper. Elle a affirmé qu'il avait frotté son pouce cinq fois sur ses lèvres en

response to her telling him that she did not want to do this. She was worried that, as a military police officer, he was trained to neutralize resistance by using pressure-point techniques. She agreed that she was never restrained.

[9] She testified that she rolled onto her stomach to indicate that she did not want to engage in sexual activity and fell asleep again. She said she woke up, heard Sgt MacIntyre ask her if she liked it, and felt him moving his fingers and penis inside her. She said he got rough, and she told him he hurt her, but he continued until he ejaculated. She asked if he ejaculated, and he responded that he had, but not to worry because he was “fixed”.

[10] She testified that she fell asleep, and was surprised to find Sgt MacIntyre in her bed when she woke up in the morning. She got up to have a shower, and he left.

[11] She found a large quantity of money, 250 pounds, in her room, which she assumed was his. She gave it to LCdr Rowan, who also knew the money belonged to Sgt MacIntyre. The money was not returned to Sgt MacIntyre and was used to pay for the final dinner with the group after Sgt MacIntyre had left.

[12] That morning, Lt(N) M. told Lt(N) Eldridge and Chief Marcipont generally what had occurred, but did not make a formal complaint until March 2016. She agreed that she was concerned that having sex with a subordinate could affect her career, although she testified that she believed what had occurred was a sexual assault.

[13] She stayed with Lt(N) Eldridge the next night and then changed rooms for the rest of their time in Glasgow.

[14] Lt(N) Eldridge testified that after they left the hotel bar, they went back to the restaurant to drink some more and then returned to the hotel. She was

disant, « Chut, » en réponse à sa déclaration selon laquelle elle ne voulait pas cela. Elle s'inquiétait du fait qu'en tant qu'agent de police militaire, il avait été entraîné à neutraliser toute résistance en utilisant des techniques de points de pression. Elle a reconnu qu'il ne l'avait jamais ligotée.

[9] Elle a déclaré s'être roulée sur le ventre pour indiquer qu'elle ne souhaitait pas avoir d'activités sexuelles et s'être rendormie. Elle a dit qu'elle s'était réveillée, avait entendu le sgt MacIntyre lui demander si elle aimait cela et l'avoir senti bouger ses doigts et son pénis en elle. Elle a déclaré qu'il était devenu rude et lui avait dit qu'il lui faisait mal, mais il avait continué jusqu'à l'éjaculation. Elle lui avait demandé s'il avait éjaculé et il avait répondu par l'affirmative, mais lui avait dit de ne pas s'inquiéter, car il était « opéré ».

[10] Elle a déclaré s'être rendormie et avoir été surprise de trouver le sgt MacIntyre dans son lit à son réveil le matin. Elle s'est levée pour prendre une douche et il est parti.

[11] Elle a trouvé une grosse somme d'argent dans sa chambre, 250 livres, qu'elle supposait appartenir au sergent. Elle l'a donnée au lcdr Rowan, qui savait également que l'argent appartenait au sgt MacIntyre. L'argent n'a pas été rendu à ce dernier et a été utilisé pour payer le dernier repas du groupe après le départ du sgt MacIntyre.

[12] Ce matin-là, le ltv M. a relaté grosso modo au ltv Eldridge et au premier maître Marcipont ce qui s'était produit la veille, mais elle n'a déposé de plainte officielle qu'en mars 2016. Elle a reconnu qu'elle craignait que le fait d'avoir des relations sexuelles avec un subordonné puisse nuire à sa carrière, bien qu'elle ait affirmé dans son témoignage qu'il s'agissait d'une agression sexuelle.

[13] Elle est restée avec le ltv Eldridge la nuit suivante, puis a changé de chambre pour le reste de leur séjour à Glasgow.

[14] Selon le témoignage du ltv Eldridge, après avoir quitté le bar de l'hôtel, ils sont retournés au restaurant pour boire davantage et sont ensuite rentrés à

with Lt(N) M., Sgt MacIntyre and Chief Marcipont. She and Sgt MacIntyre escorted Lt(N) M. to her room. Lt(N) M. got undressed to her underclothes and got into bed. Lt(N) Eldridge said she and Sgt MacIntyre were stroking Lt(N) M's hair to comfort her, as Lt(N) M. was having a bit of "a spin" and ready to fall asleep. Nothing in the touching raised a red flag. She and Sgt MacIntyre left together and then decided to go back to Lt(N) M's room to make sure she was okay. She knocked on the door, and Lt(N) M. answered. She was in a panic over misplacing her passport. They found it and Lt(N) M. went back to bed. Lt(N) Eldridge and Sgt MacIntyre left.

[15] Lt(N) Eldridge could not recall whether Lt(N) M. told Sgt MacIntyre that he could stay in her room.

[16] Chief Marcipont testified that he was out with the group in the evening. In his view, Lt(N) M. was more intoxicated than the rest of them. She was falling down and slurring her words. He returned to the hotel with Lt(N) M. and Lt(N) Eldridge. He did not recall if Sgt MacIntyre was with them. He went to his room, had a shower, and then heard a knock on his door. It was Sgt MacIntyre, who was looking for his jacket, which he had misplaced.

[17] Lt(N) M. appeared distraught the next day, and Chief Marcipont learned that Sgt MacIntyre had been in her room in the morning. No report was made because Lt(N) M. did not want to pursue the matter at that time.

[18] Sgt MacIntyre testified that he left the restaurant alone and reconnected with Lt(N) M. and Lt(N) Eldridge at the hotel. They went to Lt(N) M.'s room and chatted for a while. Then Lt(N) Eldridge said they should leave. He said that Lt(N) M. said he could stay, but Lt(N) Eldridge said, "No, we are going," and they left. Shortly afterwards, Sgt MacIntyre realized he had lost his jacket with his room key, wallet, identification, and a large quantity of money. He retraced his steps, from the restaurant to other members' rooms, finally ending up at Lt(N) M.'s room. He knocked on the

l'hôtel. Elle était avec le ltv M., le sgt MacIntyre et le premier maître Marcipont. Le sgt MacIntyre et elle ont escorté le ltv M. jusqu'à sa chambre. Le ltv M. s'est dévêtue et s'est mise au lit en sous-vêtements. Le ltv Eldridge a déclaré que le sgt MacIntyre et elle caressaient les cheveux du ltv M. pour la reconforter, comme cette dernière était un peu « en vrille » et somnolente. Rien dans ce toucher ne lui a paru bizarre. Le sgt MacIntyre et elle sont partis ensemble et ont ensuite décidé de retourner à la chambre du ltv M. pour s'assurer qu'elle allait bien. Elle a frappé à la porte, et le ltv M. a répondu. Elle paniquait à l'idée d'avoir égaré son passeport. Ils ont trouvé le passeport et le ltv M. est retournée au lit. Le ltv Eldridge et le sgt MacIntyre sont partis.

[15] Le ltv Eldridge ne pouvait se rappeler si le ltv M. avait dit au sgt MacIntyre qu'il pouvait rester dans la chambre.

[16] Le premier maître Marcipont a déclaré qu'il était sorti avec le groupe le soir. À son avis, le ltv M. était plus ivre que les autres. Elle tombait et avait du mal à parler. Il est rentré à l'hôtel avec le ltv M. et le ltv Eldridge. Il ne se rappelait pas si le sgt MacIntyre était avec eux. Il est allé à sa chambre, a pris une douche, puis a entendu frapper à sa porte. C'était le sgt MacIntyre qui cherchait sa veste.

[17] Le ltv M. semblait être dans tous ses états le lendemain et le premier maître Marcipont a alors appris que le sgt MacIntyre était dans sa chambre le matin. Aucun rapport n'a été fait, car le ltv M. ne voulait pas pousser l'affaire à ce moment-là.

[18] Selon le sgt MacIntyre, il a quitté le restaurant seul et a rejoint le ltv M. et le ltv Eldridge à l'hôtel. Ils sont montés à la chambre du ltv M. et ont bavardé pendant un moment. Puis, le ltv Eldridge a dit qu'ils devraient partir. Il a déclaré que le ltv M. avait dit qu'il pouvait rester, mais que le ltv Eldridge avait dit [TRADUCTION] « Non, nous y allons », et ils étaient partis. Peu après, le sgt MacIntyre s'est rendu compte qu'il avait perdu sa veste, qui contenait sa clé de chambre, son portefeuille, ses pièces d'identité et une grosse somme d'argent. Il est revenu sur ses

door, and asked if he could come in to look for his jacket. He found his jacket there, with his wallet and room key. He used the bathroom, and when he came out, they began chatting. Eventually, she laid down on the bed and he asked if he could lie down too, and she agreed. They laid together, in what was called a “spooning” position. He said he asked if he could pull over the covers because he was cold, and she put his arm over her. They fell asleep for a while. Sgt MacIntyre testified that he then woke up and Lt(N) M. positioned her head near his. They began kissing. At one point, she said, “We should not be doing this, I am your boss”. There was a brief pause, and the kissing continued. They got undressed, and the kissing continued. She turned and got on her knees, and he entered her digitally, until he thought she had an orgasm. He asked if she could “go again”, and entered her with his penis. She told him not to ejaculate inside her. He testified that he ejaculated on her back. He told her he was fixed. He said they lay down again and fell asleep. When he woke up, Lt(N) M. was up and said she was going to have a shower. He said he got dressed and left.

[19] Lt(N) M. made a complaint in March 2016, approximately six months after the incident. At that point, CCTV film of the public areas, such as the restaurant, lobby and corridors that could have shed light on what occurred outside the hotel room was no longer available.

[20] The Military Judge refused to leave the defence of honest but mistaken belief in consent with the panel, but did instruct it that the Crown had to prove that Sgt MacIntyre knew that Lt(N) M. did not consent. He explained that the element could be made out by full knowledge, wilful blindness or recklessness. He said that if the panel members believed the Crown’s theory that Sgt MacIntyre entered Lt(N) M.’s room uninvited, they should have “no difficulty concluding” that the element was made out. He also

pas, du restaurant aux chambres des autres membres, pour finalement se retrouver dans la chambre du ltv M. Il a frappé à la porte et a demandé s’il pouvait entrer pour chercher sa veste. Il y a trouvé sa veste, son portefeuille et sa clé de chambre. Il a utilisé la salle de bain et, quand il en est sorti, ils ont commencé à bavarder. Finalement, elle s’est allongée sur le lit et il lui a demandé s’il pouvait aussi s’allonger, ce à quoi elle a acquiescé. Ils se sont blottis l’un contre l’autre. Il a déclaré qu’il avait demandé s’il pouvait tirer les couvertures parce qu’il avait froid et qu’elle avait pris son bras pour le placer sur elle. Ils ont dormi pendant un moment. Le sgt MacIntyre a déclaré s’être ensuite réveillé. Le ltv M. aurait placé sa tête près de la sienne. Ils auraient commencé à s’embrasser. À un moment donné, elle aurait déclaré [TRADUCTION] : « Nous ne devrions pas faire cela, je suis votre patronne ». Après une brève pause, ils ont continué à s’embrasser et se sont déshabillés. Elle s’est retournée et s’est mise à genoux et il l’a pénétrée avec les doigts jusqu’à ce qu’il estime qu’elle ait eu un orgasme. Il lui a demandé si elle pouvait « en avoir un autre », et il l’a pénétrée avec son pénis. Elle lui a dit de ne pas éjaculer en elle. Il a déclaré avoir éjaculé sur son dos. Il lui a dit qu’il avait été opéré. Il a affirmé qu’ils s’étaient de nouveau allongés et endormis. À son réveil, le ltv M. était déjà debout et allait prendre une douche. Il a déclaré qu’il s’était habillé et était parti.

[19] Le ltv M. a déposé une plainte en mars 2016, environ six mois après l’incident. À ce moment-là, les enregistrements de vidéosurveillance des zones publiques, comme le restaurant, le vestibule et les couloirs, qui auraient pu faire la lumière sur ce qui s’était passé hors de la chambre d’hôtel, n’étaient plus disponibles.

[20] Le juge militaire a refusé de laisser la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement à l’appréciation du comité, mais lui a donné pour directive que la Couronne devait prouver que le sgt MacIntyre savait que le ltv M. n’avait pas consenti. Il a expliqué que cet élément pouvait être établi par la pleine connaissance, l’aveuglement volontaire ou l’insouciance. Il a dit que, si les membres du comité croyaient à la théorie de la Couronne selon laquelle le sgt MacIntyre était entré dans la chambre du ltv M.

said that if they believed that Lt(N) M. said “no” to Sgt MacIntyre while pushing his hand away from her, then they should have no difficulty concluding that the element was made out.

[21] In oral submissions, we learned that the panel reached a verdict after approximately one hour of deliberations.

II. Issues on appeal

[22] The Crown raises two issues with respect to the instructions to the panel:

- i) Whether the Military Judge was correct when he instructed the panel that the Crown had to prove beyond a reasonable doubt that Sgt MacIntyre had to know that Lt(N) M. was not consenting; and
- ii) Whether the Military Judge erred in his instruction relating to the inadequacy of the police investigation.

III. Positions of the Parties

[23] The Crown submits that once the Military Judge ruled that there was no air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent, the essential element of the offence that Sgt MacIntyre knew that Lt(N) M. was not consenting no longer applied. It is the Crown’s position that the only *mens rea* element is whether Sgt MacIntyre intentionally touched Lt(N) M.

[24] The Crown also says that the Military Judge instructed the panel that they could acquit Sgt MacIntyre if they found that the investigation into the complaint was inadequate. They submit that there was no evidentiary foundation for this instruction.

[25] The Crown did not object to the instructions to the panel on either of these points. These issues are raised for the first time on appeal.

sans y être invité, ils ne devraient avoir [TRADUCTION] « aucune difficulté à conclure » que cet élément avait été établi. Il a également dit que, s’ils croyaient que le ltv M. avait dit « non » au sgt MacIntyre tout en repoussant sa main, alors ils ne devraient avoir aucune difficulté à conclure que l’élément avait été établi.

[21] Au cours des plaidoiries, nous avons appris que le comité avait rendu son verdict après environ une heure de délibérations.

II. Questions portées en appel

[22] La Couronne soulève deux questions concernant les directives données au comité :

- i) Le juge militaire a-t-il eu raison de donner pour directive au comité que la Couronne devait prouver hors de tout doute raisonnable que le sgt MacIntyre devait savoir que le ltv M. n’était pas consentante;
- ii) Le juge militaire a-t-il commis une erreur dans ses directives relatives à l’insuffisance de l’enquête policière.

III. Les thèses des parties

[23] La Couronne prétend que, dès lors que le juge militaire a conclu que la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement ne possédait pas d’apparence de vraisemblance, l’élément essentiel de l’infraction, à savoir que le sgt MacIntyre savait que le ltv M. n’était pas consentante, ne s’appliquait plus. La thèse de la Couronne veut que le seul élément de *mens rea* à démontrer est de savoir si le sgt MacIntyre a intentionnellement touché le ltv M.

[24] La Couronne affirme également que le juge militaire a indiqué au comité qu’il pouvait acquitter le sgt MacIntyre s’il concluait que l’enquête sur la plainte était insuffisante. Elle soutient que cette directive ne reposait sur aucun fondement probatoire.

[25] La Couronne ne s’est pas opposée aux directives au comité sur l’un ou l’autre de ces points. Ces questions sont soulevées pour la première fois en appel.

[26] Sgt MacIntyre submits that there was in fact an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent. In any event, he says, the Military Judge followed the standard instruction found in Justice David Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 2015) (*Watt*), and thereby committed no error.

[27] Sgt MacIntyre also submits that the Military Judge correctly instructed the panel in relation to the possibility of witness contamination and apparent bias.

IV. Discussion

A. *Instruction on the mens rea of sexual assault*

(1) Legislative framework

[28] Paragraph 130(1)(b) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (NDA), provides that civil offences committed outside of Canada are offences under the Code of Service Discipline:

Service trial of civil offences

130 (1) An act or omission

...

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

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

[29] The *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (*Criminal Code*) creates the offence of sexual assault by building on the more basic offence of assault:

[26] Le sgt MacIntyre soutient que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement possède une apparence de vraisemblance. Quoi qu'il en soit, dit-il, le juge militaire a suivi la directive type contenue dans l'ouvrage du juge David Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*, 2^e éd. (Toronto, Carswell, 2015) (*Watt*), et n'a donc commis aucune erreur.

[27] Le sgt MacIntyre affirme également que le juge militaire a donné les directives adéquates au comité sur la possibilité d'influence des témoins et d'apparence de partialité.

IV. Analyse

A. *Directive sur la mens rea de l'agression sexuelle*

(1) Cadre législatif

[28] L'alinéa 130(1)b) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (LDN), prévoit que les infractions civiles commises à l'extérieur du Canada sont des infractions relevant du Code de discipline militaire :

Procès militaire pour infractions civiles

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

[...]

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

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

[29] Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (*Code criminel*) crée l'infraction d'agression sexuelle à partir de l'infraction de voies de fait :

Assault

265 (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly ...

...

Application

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

...

Accused's belief as to consent

(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.

Sexual assault

271 Everyone who commits a sexual assault is guilty of

(a) an indictable offence ..., or

(b) an offence punishable on summary conviction ...

[30] The applicable definition of consent in 2015 was set out in s. 273.1:

Meaning of consent

273.1 (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), *consent* means, for the purposes of sections 271, 272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.

Voies de fait

265 (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement [...]

[...]

Application

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

[...]

Croyance de l'accusé quant au consentement

(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.

Agression sexuelle

271 Quiconque commet une agression sexuelle est coupable :

a) soit d'un acte criminel [...];

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire [...]

[30] La définition applicable du consentement en 2015 était énoncée à l'article 273.1 :

Définition de consentement

273.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le consentement consiste, pour l'application des articles 271, 272 et 273, en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle.

(2) No consent is obtained, for the purpose of sections 271, 271 and 273, where

(a) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant;

(b) the complainant is incapable of consenting to the activity;

(c) the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority;

(d) the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity; or

(e) the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity.

(3) Nothing in subsection (2) shall be construed as limiting the circumstances in which no consent is obtained.

[31] The *Criminal Code* provides that in certain circumstances, the defence of honest but mistaken belief in consent does not apply to sexual assaults. The section was amended in 2018, but when these events occurred, it read 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

(i) the accused's self-induced intoxication, or

(ii) the accused's recklessness or wilful blindness,

(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 ...

(2) Le consentement du plaignant ne se déduit pas, pour l'application des articles 271, 272 et 273, des cas où :

a) l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers;

b) il est incapable de le former;

c) l'accusé l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir;

d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité;

e) après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci.

(3) Le paragraphe (2) n'a pas pour effet de limiter les circonstances dans lesquelles le consentement ne peut se déduire.

[31] Le *Code criminel* prévoit que, dans certaines circonstances, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne s'applique pas aux agressions sexuelles. La disposition a été modifiée en 2018. Au moment des faits, elle était ainsi libellée :

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 [...]

(2) Analysis

[32] The appeal turns on how three distinct and clearly settled principles of criminal law interact in the context of sexual assault.

[33] First, in my view, it is currently settled law by the Supreme Court of Canada that knowledge of the absence of consent is an essential element of the offence of sexual assault as it was of the former offence of rape. Thus, the Crown's principal submission in this case—that absent an air of reality in relation to the accused's honest but mistaken belief, the Crown does not have to prove knowledge of absence of consent—must be rejected. Because knowledge of absence of consent is an essential element of the offence, the Crown must prove it beyond reasonable doubt. The Crown's submission that the *mens rea* of the offence is simply the intentional application of force is contrary to binding authority.

[34] That knowledge of the absence of consent is an essential element is reflected in all of the commonly used Canadian model jury instructions (see: the National Judicial Institute's *Model Jury Instructions*, revised June 2018, "Offence 271: Sexual Assault"; Gerry A. Ferguson and Michael r. Dambrot, *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, 4th ed., Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2017); and *Watt*, above).

[35] There has undoubtedly been some uncertainty on this point. In *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918 (*Robertson*), Justice Wilson, writing for the Court, held that a jury need not be instructed on the knowledge component of the *mens rea* in every case. In the circumstances of that case, the burden would only have shifted to the Crown to demonstrate knowledge that the complainant was not consenting once there was an air of reality to the defence of honest but mistaken belief. In doing so, Wilson J. described "some difference of view" as to whether knowledge of lack of consent was actually an element of the offence, or

(2) Analyse

[32] L'appel porte sur l'interaction de trois principes de droit criminel distincts et clairement établis en matière d'agression sexuelle.

[33] Premièrement, à mon avis, la Cour suprême du Canada dit que la connaissance de l'absence de consentement constitue un élément essentiel de l'infraction d'agression sexuelle, comme c'était le cas pour l'infraction antérieure de viol. Par conséquent, le principal argument de la Couronne en l'espèce — à savoir qu'en l'absence d'une apparence de vraisemblance quant à la croyance sincère mais erronée de l'accusé, la Couronne n'a pas à prouver la connaissance de l'absence de consentement — doit être rejeté. Parce que la connaissance de l'absence de consentement est un élément essentiel de l'infraction, la Couronne doit la prouver hors de tout doute raisonnable. L'argument de la Couronne selon lequel la *mens rea* de l'infraction se résume à l'application intentionnelle de force n'est pas conforme aux principes qu'il faut appliquer.

[34] Il ressort de tous les modèles canadiens de directives au jury couramment utilisés que la connaissance de l'absence de consentement est un élément essentiel (voir : *Modèles de directives au jury* de l'Institut national de la magistrature, révisé en juin 2018, « Infraction 271 : Agression sexuelle »; Gerry A. Ferguson, et Michael R. Dambrot, *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, 4^e éd., Vancouver, Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2017; et *Watt*, précité).

[35] Certes, ce point a engendré une certaine incertitude. Dans l'arrêt *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918 (*Robertson*), la juge Wilson, écrivant au nom de la Cour, conclut qu'il n'est pas nécessaire dans chaque cas de donner des directives au jury sur l'élément de la *mens rea* relatif à la connaissance. Dans les circonstances de cette affaire, il aurait incombé à la Couronne de démontrer que l'accusé savait que la plaignante n'était pas consentante seulement si la défense de croyance sincère mais erronée au consentement possédait une apparence de vraisemblance. Ce faisant, la juge Wilson décrit des « divergences d'opinions » sur

if it only arose when the accused gave the defence an air of reality.

[36] That “difference of view” was not unambiguously resolved even in *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330 (*Ewanchuk*), in which the Court used different language at different times to describe the *mens rea* of the offence. Justice Major, writing for the majority, said that the *mens rea* is “the intention to touch, knowing of or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent, either by words or actions, from the person being touched” (*Ewanchuk*, at paragraph 23, emphasis added). This is consistent with the standard jury instructions.

[37] However, when discussing the *actus reus*, Major J. said (*Ewanchuk*, at paragraph 30):

[30] The complainant’s statement that she did not consent is a matter of credibility to be weighed in light of all the evidence including any ambiguous conduct. The question at this stage is purely one of credibility, and whether the totality of the complainant’s conduct is consistent with her claim of non-consent. The accused’s perception of the complainant’s state of mind is not relevant. That perception only arises when a defence of honest but mistaken belief in consent is raised in the *mens rea* stage of the inquiry. [Emphasis added.]

[38] When his analysis turned specifically to the *mens rea*, Major J. said (*Ewanchuk*, at paragraphs 41 to 44):

[41] Sexual assault is a crime of general intent. Therefore, the Crown need only prove that the accused intended to touch the complainant in order to satisfy the basic *mens rea* requirement. See *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63.

[42] However, since sexual assault only becomes a crime in the absence of the complainant’s consent, the

la question de savoir si la connaissance de l’absence de consentement constitue un élément de l’infraction ou si elle entre en jeu seulement une fois que l’accusé démontre que cette défense possède une apparence de vraisemblance.

[36] Ces « divergences d’opinions » n’ont pas été résolues sans ambiguïté même dans l’arrêt *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330 (*Ewanchuk*), dans lequel la Cour suprême décrit la *mens rea* de l’infraction par des termes différents dans différents passages. Pour citer le juge Major, s’exprimant au nom des juges majoritaires, la *mens rea* est « l’intention de se livrer à des attouchements sur une personne, tout en sachant que celle-ci n’y consent pas, en raison de ses paroles ou de ses actes, ou encore en faisant montre d’insouciance ou d’aveuglement volontaire à l’égard de cette absence de consentement » (*Ewanchuk*, au paragraphe 23; je souligne). Cette description est conforme aux directives types au jury.

[37] Toutefois, en parlant de l’*actus reus*, le juge Major dit (*Ewanchuk*, au paragraphe 30) :

[30] La déclaration de la plaignante selon laquelle elle n’a pas consenti est une question de crédibilité, qui doit être appréciée à la lumière de l’ensemble de la preuve, y compris de tout comportement ambigu. À cette étape, il s’agit purement d’une question de crédibilité, qui consiste à se demander si, dans son ensemble, le comportement de la plaignante est compatible avec sa prétention selon laquelle elle n’a pas consenti. La perception qu’avait l’accusé de l’état d’esprit de la plaignante n’est pas pertinente. Cette perception n’entre en jeu que dans le cas où la défense de croyance sincère mais erronée au consentement est invoquée à l’étape de la *mens rea* de l’enquête. [Je souligne.]

[38] Dans son analyse sur la *mens rea*, le juge Major affirme (*Ewanchuk*, aux paragraphes 41 à 44) :

[41] L’agression sexuelle est un acte criminel d’intention générale. Par conséquent, le ministère public n’a qu’à prouver que l’accusé avait l’intention de se livrer à des attouchements sur la plaignante pour satisfaire à l’exigence fondamentale relative à la *mens rea*. Voir *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

[42] Toutefois, étant donné que l’agression sexuelle ne devient un crime qu’en l’absence de consentement

common law recognizes a defence of mistake of fact which removes culpability for those who honestly but mistakenly believed that they had consent to touch the complainant. To do otherwise would result in the injustice of convicting individuals who are morally innocent: see *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3. As such, the mens rea of sexual assault contains two elements: intention to touch and knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched. See [*R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836], at para. 39.

[43] The accused may challenge the Crown's evidence of *mens rea* by asserting an honest but mistaken belief in consent. The nature of this defence was described in *Pappajohn* ...

[44] The defence of mistake is simply a denial of *mens rea*. It does not impose any burden of proof upon the accused (see *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, at p. 936) and it is not necessary for the accused to testify in order to raise the issue. Support for the defence may stem from any of the evidence before the court, including, the Crown's case-in-chief and the testimony of the complainant. However, as a practical matter, this defence will usually arise in the evidence called by the accused. [Emphasis added.]

[39] Additionally, when discussing the question of the meaning of consent in the context of mistaken belief in consent, Major J. said (*Ewanchuk*, at paragraphs 46 to 49):

[46] In order to cloak the accused's actions in moral innocence, the evidence must show that he believed that the complainant communicated consent to engage in the sexual activity in question. A belief by the accused that the complainant, in her own mind wanted him to touch her but did not express that desire, is not a defence. The accused's speculation as to what was going on in the complainant's mind provides no defence.

[47] For the purposes of the *mens rea* analysis, the question is whether the accused believed that he had obtained consent. What matters is whether the accused believed that the complainant effectively said "yes" through her words and/or actions. The statutory definition added to the *Code* by Parliament in 1992 is consistent with the common law:

de la plaignante, la common law admet une défense d'erreur de fait qui décharge de toute culpabilité l'individu qui croyait sincèrement mais erronément que la plaignante avait consenti aux attouchements. Agir autrement donnerait lieu à l'injustice que constituerait le fait de déclarer coupable des personnes moralement innocentes : voir *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3. Par conséquent, la *mens rea* de l'agression sexuelle comporte deux éléments : l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l'insouciance ou l'aveuglement volontaire à cet égard. Voir [*R. c. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836], au par. 39.

[43] L'accusé peut contester la preuve de *mens rea* du ministère public en plaidant la croyance sincère mais erronée au consentement. La nature de cette défense a été décrite dans *Pappajohn* [...]

[44] La défense d'erreur est simplement une dénégation de la *mens rea*. Elle n'impose aucune charge de la preuve à l'accusé (voir *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, à la p. 936) et il n'est pas nécessaire que l'accusé témoigne pour que se soulève ce point. Cette défense peut découler de tout élément de preuve présenté au tribunal, y compris la preuve principale du ministère public et le témoignage de la plaignante. Cependant, en pratique, cette défense découle habituellement de la preuve présentée par l'accusé. [Je souligne.]

[39] En outre, à propos du sens de la notion de consentement dans le contexte de la croyance sincère mais erronée au consentement, le juge Major exprime l'avis suivant (*Ewanchuk*, aux paragraphes 46 à 49) :

[46] Pour que les actes de l'accusé soient empreints d'innocence morale, la preuve doit démontrer que ce dernier croyait que la plaignante avait communiqué son consentement à l'activité sexuelle en question. Le fait que l'accusé ait cru dans son esprit que le plaignant souhaitait qu'il la [*sic*] touche, sans toutefois avoir manifesté ce désir, ne constitue pas une défense. Les suppositions de l'accusé relativement à ce qui se passait dans l'esprit de la plaignante ne constituent pas un moyen de défense.

[47] Dans le cadre de l'analyse de la *mens rea*, la question est de savoir si l'accusé croyait avoir obtenu le consentement de la plaignante. Ce qui importe, c'est de savoir si l'accusé croyait que le plaignant avait vraiment dit « oui » par ses paroles, par ses actes, ou les deux. La définition légale qui a été ajoutée au *Code* par le Parlement en 1992 est conforme à la common law :

273.1 (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), “consent” means, for the purposes of sections 271, 272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.

[48] There is a difference in the concept of “consent” as it relates to the state of mind of the complainant *vis-à-vis* the *actus reus* of the offence and the state of mind of the accused in respect of the *mens rea*. For the purposes of the *actus reus*, “consent” means that the complainant in her mind wanted the sexual touching to take place.

[49] In the context of *mens rea*—specifically for the purposes of the honest but mistaken belief in consent—“consent” means that the complainant had affirmatively communicated by words or conduct her agreement to engage in sexual activity with the accused. This distinction should always be borne in mind and the two parts of the analysis kept separate. [Emphasis in original.]

[40] And finally, the majority concluded (*Ewanchuk*, at paragraphs 51 and 52):

[51] For instance, a belief that silence, passivity or ambiguous conduct constitutes consent is a mistake of law, and provides no defence: see *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3. Similarly, an accused cannot rely upon his purported belief that the complainant’s expressed lack of agreement to sexual touching in fact constituted an invitation to more persistent or aggressive contact. An accused cannot say that he thought “no meant yes”. As Fraser C.J. stated at p. 272 of her dissenting reasons below:

One “No” will do to put the other person on notice that there is then a problem with “consent”. *Once a woman says “No” during the course of sexual activity, the person intent on continued sexual activity with her must then obtain a clear and unequivocal “Yes” before he again touches her in a sexual manner.* [Emphasis in original.]

I take the reasons of Fraser C.J. to mean that an unequivocal “yes” may be given by either the spoken word or by conduct.

273.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le consentement consiste, pour l’application des articles 271, 272 et 273, en l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle.

[48] La notion de « consentement » diffère selon qu’elle se rapporte à l’état d’esprit de la plaignante vis-à-vis de l’*actus reus* de l’infraction et à l’état d’esprit de l’accusé vis-à-vis de la *mens rea*. Pour les fins de l’*actus reus*, la notion de « consentement » signifie que, dans son esprit, la plaignante souhaitait que les attouchements sexuels aient lieu.

[49] Dans le contexte de la *mens rea* — particulièrement pour l’application de la croyance sincère mais erronée au consentement — la notion de « consentement » signifie que la plaignante avait, par ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l’activité sexuelle avec l’accusé. Il ne faut jamais oublier cette distinction, et les deux volets de l’analyse doivent demeurer distincts. [Souligné dans l’original.]

[40] Enfin, les juges majoritaires concluent ainsi (*Ewanchuk*, aux paragraphes 51 et 52) :

[51] Par exemple, le fait de croire que le silence, la passivité ou le comportement ambigu de la plaignante valent consentement de sa part est une erreur de droit et ne constitue pas un moyen de défense : voir *R. c. M. (M.L.)* [1994] 2 R.C.S. 3. De même, un accusé ne peut invoquer sa croyance que l’absence d’accord exprimée par la plaignante aux attouchements sexuels constituait dans les faits une invitation à des contacts plus insistants ou plus énergiques. L’accusé ne peut pas dire qu’il croyait que « non voulait dire oui ». Comme a dit le juge en chef Fraser, à la p. 272 de ses motifs de dissidence :

[TRADUCTION] Un seul « Non » suffit pour informer l’autre partie qu’il y a un problème en ce qui a trait au « consentement ». *Dès qu’une femme a dit « non » pendant l’activité sexuelle, la personne qui entend poursuivre l’activité sexuelle avec elle doit alors obtenir un « Oui » clair et non équivoque avant de la toucher à nouveau de manière sexuelle.* [En italique dans l’original.]

J’estime que les motifs du juge en chef Fraser signifient qu’un « oui » non équivoque peut soit être donné de vive voix, soit être exprimé par le comportement.

[52] Common sense should dictate that, once the complainant has expressed her unwillingness to engage in sexual contact, the accused should make certain that she has truly changed her mind before proceeding with further intimacies. The accused cannot rely on the mere lapse of time or the complainant's silence or equivocal conduct to indicate that there has been a change of heart and that consent now exists, nor can he engage in further sexual touching to "test the waters". Continuing sexual contact after someone has said "No" is, at a minimum, reckless conduct which is not excusable. In *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777, at para. 79, the Court stated:

An accused who, due to wilful blindness or recklessness, believes that a complainant ... in fact consented to the sexual activity at issue is precluded from relying on a defence of honest but mistaken belief in consent, a fact that Parliament has codified: *Criminal Code*, s. 273.2(a)(ii).

[41] *Ewanchuk* was further considered in *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908 (*Handy*), where a unanimous court held (at paragraphs 118 and 119):

[118] A conviction for sexual assault requires proof beyond reasonable doubt of two basic elements, that the accused committed the *actus reus* and that he had the necessary *mens rea*. The *actus reus* of assault is unwanted sexual touching. The *mens rea* is the intention to touch, knowing of, or being reckless of, or wilfully blind to, a lack of consent: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 23.

[119] The respondent admits that sexual touching took place and that he intended it. He denies that it was unwanted. He therefore puts in issue the consent element of the *actus reus*: *Ewanchuk*, *supra*, at para. 27. Is he to be believed when he says consent was never withdrawn, or is the prosecution correct that he has a demonstrated situation-specific propensity to proceed regardless, indeed to derive heightened pleasure from being rejected and forcing sex on his sex partner? If so, was it manifested in this case? [Emphasis added.]

[52] Le sens commun devrait dicter que, dès que la plaignante a indiqué qu'elle n'est pas disposée à participer à des contacts sexuels, l'accusé doit s'assurer qu'elle a réellement changé d'avis avant d'engager d'autres gestes intimes. L'accusé ne peut se fier au simple écoulement du temps ou encore au silence ou au comportement équivoque de la plaignante pour déduire que cette dernière a changé d'avis et qu'elle consent, et il ne peut pas non plus se livrer à d'autres attouchements sexuels afin de « voir ce qui va se passer ». La poursuite de contacts sexuels après qu'une personne a dit « non » est, à tout le moins, une conduite insouciance qui n'est pas excusable. Dans *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, au par. 79, la Cour a déclaré ceci :

L'accusé qui, en raison d'ignorance volontaire ou d'insouciance, croit que le plaignant [...] a réellement consenti à l'activité sexuelle en question est dans l'impossibilité d'invoquer la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. C'est un fait que le législateur a codifié au sous-al. 273.2a(ii) du *Code criminel*.

[41] La Cour suprême, réexaminant l'arrêt *Ewanchuk* dans le cadre de l'affaire *R. c. Handy*, 2002 CSC 56 [2002] 2 R.C.S. 908 (*Handy*), arrive à la conclusion suivante à l'unanimité (aux paragraphes 118 et 119) :

[118] Pour qu'une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle puisse être prononcée, il faut faire la preuve hors de tout doute raisonnable de deux éléments fondamentaux, à savoir que l'accusé a accompli l'*actus reus* et qu'il avait la *mens rea* requise. L'*actus reus* de l'agression consiste en des attouchements sexuels non souhaités. La *mens rea* est l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne, tout en sachant que celle-ci n'y consent pas, ou encore en faisant montre d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de cette absence de consentement : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 23.

[119] L'intimé admet qu'il s'est livré à des attouchements sexuels et qu'il avait l'intention de s'y livrer. Il nie que ces attouchements étaient non souhaités. Il soulève donc la question du consentement en tant qu'élément de l'*actus reus* : *Ewanchuk*, *précité*, par. 27. Faut-il croire l'intimé lorsqu'il soutient qu'il n'y [a] jamais eu retrait de consentement ou encore la poursuite a-t-elle raison d'affirmer que, dans une situation particulière, il a démontré une propension à agir sans se soucier de quoi que ce soit, voir [*sic*] même à éprouver un plaisir accru à être repoussé et à forcer sa partenaire sexuelle à faire l'amour avec lui? Dans l'affirmative, cela s'est-il manifesté en l'espèce? [Je souligne.]

[42] Thus, in *Handy*, the Court affirmed the *mens rea* element of the offence as including knowledge as to lack of consent.

[43] In *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440, at paragraph 24, the Court again affirmed that the *mens rea* element includes knowledge of, or recklessness or wilful blindness to, the absence of the complainant's consent to the sexual act in question.

[44] In *R. v. Skedden*, 2013 ONCA 49 (*Skedden*), at paragraphs 7 and 8, the Ontario Court of Appeal applied *Robertson*, above, to hold that the impugned instruction need not be given in every case. The issue in *Skedden* was consent rather than whether the accused knew or had an honest but mistaken belief in consent.

[45] Most recently, in *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579 (*Barton SCC*), the Court held that (at paragraph 87):

[87] A conviction for sexual assault, like any other true crime, requires that the Crown prove beyond a reasonable doubt that the accused committed the *actus reus* and had the necessary *mens rea*. A person commits the *actus reus* of sexual assault “if he touches another person in a sexual way without her consent” (*R. v. J.A.*, [2011] 2 S.C.R. 440, at para. 23). The *mens rea* consists of the “intention to touch and knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched” (*R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 42).

[46] The Crown's argument, contrary to the settled Supreme Court of Canada jurisprudence, is that knowledge of lack of consent is not an element of the offence, but instead only arises if there is an air of reality to an honest but mistaken belief in consent. According to this view, the element and defence are inextricably linked because each is the mirror image of the other. Instructing a jury on a knowledge element would essentially be to put the defence to the jury in the absence of an air of reality. Knowledge of lack of

[42] Ainsi, dans l'arrêt *Handy*, la Cour confirme que la *mens rea* de l'infraction comprend la connaissance de l'absence de consentement.

[43] Dans l'arrêt *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28 [2011] 2 R.C.S. 440, au paragraphe 24, la Cour confirme de nouveau que la *mens rea* inclut soit, la connaissance que le plaignant ne consent pas à l'acte sexuel en question, soit l'insouciance ou l'aveuglement volontaire quant à l'absence de consentement.

[44] Dans l'arrêt *R. c. Skedden*, 2013 ONCA 49 (*Skedden*), aux paragraphes 7 et 8, la Cour d'appel de l'Ontario fonde sur l'arrêt *Robertson*, précité, sa conclusion selon laquelle la directive contestée n'est pas nécessaire dans tous les cas. Dans cette affaire, la question concernait le consentement plutôt que celle de savoir si l'accusé savait ou avait cru honnêtement, mais à tort, qu'il y avait consentement.

[45] Récemment, dans l'arrêt *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579 (*Barton CSC*), la Cour suprême conclut en ces termes (au paragraphe 87) :

[87] Pour obtenir une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, tout comme dans le cas d'autres vrais crimes, le ministère public doit établir, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé a effectivement commis l'*actus reus* et qu'il avait la *mens rea* nécessaire. Une personne commet l'*actus reus* de l'agression sexuelle « si elle fait des attouchements à caractère sexuel à une autre personne sans le consentement de celle-ci » (*R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 23). La *mens rea* comporte « l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l'insouciance ou l'aveuglement volontaire à cet égard » (*R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 42).

[46] L'argument de la Couronne, qui est contraire à la jurisprudence établie par la Cour suprême du Canada, porte que la connaissance de l'absence de consentement n'est pas un élément de l'infraction, mais peut être soulevée seulement s'il existe une apparence de vraisemblance quant à la croyance sincère mais erronée au consentement. Selon ce point de vue, l'élément et la défense sont inextricablement liés, chacun étant le reflet de l'autre. Donner des directives au jury sur l'élément de connaissance reviendrait essentiellement

consent therefore would not be an element of the *mens rea* that the Crown needs to prove beyond a reasonable doubt unless there was an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent. Once there was an air or reality, the burden would shift to the Crown to prove, beyond a reasonable doubt, that the accused had knowledge of lack of consent by the complainant. I do not agree with this characterization.

[47] As discussed above, it is true that the “defence” of honest but mistaken belief has been described as the negation of the *mens rea* of sexual assault rather than as a defence in its own right (*Ewanchuk*, above, at paragraph 44; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120 (*Pappajohn*) at page 148; Hamish C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law*, loose-leaf updated March 2019 (Toronto: Thomson Reuters, 2018) at page 3:600). But the defence is not alone in this regard. Along with defences such as self-defence, duress and necessity, which exculpate the accused even though the elements of the offence have been proven, there are defences such as intoxication and inability to appreciate the nature and quality of an act due to mental disorder, which instead negate an aspect of the *mens rea* itself.

[48] Consider intoxication. As a matter of law, the accused can only access the defence of intoxication for specific intent offences, which require complex reasoning that an intoxicated accused may have been unable to engage in (*R. v. Tatton*, 2015 SCC 33, [2015] 2 S.C.R. 574 (*Tatton*), at paragraphs 34 to 39). By contrast, when the accused is charged with a general intent offence, the defence is unavailable. Nevertheless, an appellate court would not be warranted in interfering if a trial or military judge were to charge the jury that the Crown must prove that general intent beyond a reasonable doubt. In *Tatton*, Justice Moldaver found that arson is an offence of general intent (at paragraphs 48 to 53). Its *mens rea* is the intentional or reckless damaging of property by fire (*Tatton*, at paragraph 48). Yet it would still be correct for a trial

à présenter la défense au jury en l’absence d’une apparence de vraisemblance. La connaissance de l’absence de consentement ne serait donc pas un élément de la *mens rea* que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable, à moins qu’il y ait une apparence de vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, auquel cas il incomberait à la Couronne de prouver, hors de tout doute raisonnable, que l’accusé avait connaissance de l’absence de consentement du plaignant. Je ne suis pas d’accord.

[47] Comme il est indiqué ci-dessus, il est vrai que la « défense » de croyance sincère mais erronée au consentement a été décrite comme une négation de la *mens rea* de l’agression sexuelle plutôt que comme une défense à part entière (*Ewanchuk*, précité, au paragraphe 44; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120 (*Pappajohn*), à la page 122; Hamish C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law*, feuilles mobiles à jour en mars 2019 (Toronto, Thomson Reuters, 2018)), à la page 3:600. Mais cette défense n’est pas seule en son genre. Outre les moyens de défense tels la légitime défense, la contrainte et la nécessité, qui disculpent l’accusé même si les éléments constitutifs de l’infraction ont été prouvés, il existe des moyens de défense tels que l’intoxication et l’incapacité à apprécier la nature et la qualité d’un acte pour cause de trouble mental, qui constituent plutôt une négation d’un aspect de la *mens rea* elle-même.

[48] Prenons l’exemple de l’intoxication. En droit, l’accusé ne peut invoquer la défense d’intoxication qu’à l’égard d’infractions d’intention spécifique, qui requièrent un raisonnement complexe auquel un accusé intoxiqué ne peut se livrer (*R. c. Tatton*, 2015 CSC 33 [2015] 2 R.C.S. 574 (*Tatton*), aux paragraphes 34 à 39). En revanche, à l’égard d’une infraction d’intention générale, la défense n’est pas admissible. Néanmoins, il ne serait pas justifié que la cour d’appel intervienne si le juge du procès ou le juge militaire donnait au jury ou au comité pour directive que la Couronne est tenue d’établir cette intention générale hors de tout doute raisonnable. Dans l’arrêt *Tatton*, le juge Moldaver conclut que l’infraction d’incendie criminel est une infraction d’intention générale (aux paragraphes 48 à 53). La *mens rea* de l’infraction consiste à causer

judge to charge the jury on the *mens rea* requirement even in circumstances where intoxication would be the only real way to disprove that requirement for the simple reason that intention remains an element of the offence. A trial judge can provide their view that the jury will have little difficulty in concluding that the element is met, but, ultimately, it is for the jury to decide whether it actually is.

[49] Another difficulty with the Crown's argument is the statute itself: a person commits an assault when "without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person directly or indirectly" (*Criminal Code*, paragraph 265(1)(a), emphasis added). The *Criminal Code* goes on to say in subsection 265(2) that "this section applies to all forms of assault, including sexual assault ..." Prior to the enactment of the sexual assault provisions in the *Criminal Code*, a male person committed rape when "he [had] sexual intercourse with a female person who [was] not his wife ... without her consent ..." (emphasis added). The language relating to the consent was the same and had been interpreted by the Supreme Court of Canada in *Pappajohn*, above, and *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, to create a *mens rea* requirement of knowledge of lack of consent.

[50] In my view, the reasons in *Ewanchuk*, above, do not interpret Parliament to have removed an element of the offence from the definition of sexual assault.

[51] While I understand the argument, and its appeal, in my view it is not for this Court to alter the long-standing requirement that knowledge of lack of consent is an essential element of the offence.

un dommage à un bien par incendie intentionnelle ou sans se soucier des conséquences de cet acte (*Tatton*, au paragraphe 48). Néanmoins, ce ne serait pas une erreur pour le juge du procès de donner au jury des directives sur l'exigence de *mens rea* même dans des circonstances où l'intoxication serait le seul moyen de réfuter cette exigence pour la simple raison que l'intention reste un élément de l'infraction. Le juge du procès peut faire part de son avis au jury que ce dernier devrait avoir peu de difficulté à conclure qu'il est satisfait à cet élément, mais c'est au jury qu'il appartient en dernier ressort de décider si c'est bel et bien le cas.

[49] L'autre difficulté que présente l'argument de la Couronne se trouve dans le texte de loi même : commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque « d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement » (*Code criminel*, alinéa 265(1)a, je souligne). Le *Code criminel* dispose au paragraphe 265(2) que « [l]e présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles [...] » Avant l'adoption des dispositions du *Code criminel* relatives aux agressions sexuelles, une personne de sexe masculin commettait un viol « en ayant des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui n'[était] pas son épouse [...] sans le consentement de cette personne » (je souligne). À l'époque, le libellé relatif au consentement était le même qu'aujourd'hui et, selon l'interprétation qu'en a fait la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Pappajohn*, précité et *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, la *mens rea* requiert la connaissance de l'absence de consentement.

[50] À mon avis, les motifs de l'arrêt *Ewanchuk*, précité, ne mènent pas à l'interprétation selon laquelle le législateur a supprimé un élément de la définition de l'infraction d'agression sexuelle.

[51] Bien que je comprenne l'argument et son attrait, j'estime qu'il n'appartient pas à notre Cour de modifier l'exigence de longue date selon laquelle la connaissance de l'absence de consentement constitue un élément essentiel de l'infraction.

[52] Justice Moldaver came to an analogous conclusion in the child luring context in *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3 (*Morrison*). He found, for a majority of the Court, that subsection 172.1(4) of the *Criminal Code*, which bars the accused from raising the defence of mistake of fact if they failed to take reasonable steps to ascertain the complainant's age, did not obviate the Crown's obligation to prove that the accused believed that the complainant was underage. In drawing this conclusion, Moldaver J. explained that the defence and essential element operate independently.

[53] The offences of child luring (section 172.1 of the *Criminal Code*) and sexual assault are structured similarly in a number of ways. Both have subjective belief or knowledge requirements (all three modes in section 172.1 require belief that the other person is underage and, as explained above, sexual assault traditionally required knowledge in lack of consent) and both prescribe that the accused cannot access the defence of mistake of fact where they did not take reasonable steps to ascertain the relevant fact (subsection 172.1(4) for age and paragraph 273.2(b) for consent, respectively).

[54] I note that one difference between the two offences is that subparagraph 172.1(3) prescribed a presumption (found unconstitutional in *Morrison*, above—see paragraphs 51 to 73) that the belief requirement is satisfied where the complainant told the accused that they were underage. Justice Moldaver referred to this presumption as a signal that Parliament considered the *mens rea* of the offence to remain an essential element regardless of the availability of the defence of mistake of age. Although Moldaver J. referred to the presumption in explaining why his view was preferable to that of Justice Abella, dissenting in part, I do not consider this difference to be particularly significant in the abstract. The real core of his reasoning was that substituting a defence for an element of an offence offends the “bedrock principle of criminal law” that the Crown must prove the essential

[52] Le juge Moldaver arrive à une conclusion analogue dans le contexte du leurre d'enfants dans l'arrêt *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3 (*Morrison*). Il conclut, au nom des juges majoritaires de la Cour, que le paragraphe 172.1(4) du *Code criminel* qui interdit à l'accusé de présenter une défense d'erreur de fait s'il n'a pas pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant ne supprime pas l'obligation pour la Couronne de prouver que l'accusé croyait que le plaignant n'avait pas atteint l'âge fixé. En tirant cette conclusion, le juge Moldaver explique que le moyen de défense et l'élément essentiel fonctionnent indépendamment.

[53] Les infractions de leurre d'enfants (article 172.1 du *Code criminel*) et d'agression sexuelle sont structurées de manière semblable à bien des égards. Les deux ont des exigences subjectives de croyance ou de connaissance (les trois alinéas de l'article 172.1 exigent la croyance que l'interlocuteur n'a pas atteint l'âge fixé et, comme il est expliqué plus haut, la disposition qui porte sur l'agression sexuelle exige depuis longtemps une connaissance de l'absence de consentement). Les deux prévoient également que l'accusé ne peut pas invoquer la défense d'erreur de fait lorsqu'il n'a pas pris les mesures raisonnables pour établir le fait pertinent (l'âge dans le cas du paragraphe 172.1(4) et le consentement dans le cas de l'alinéa 273.2b)).

[54] Je signale une différence entre les deux infractions : le paragraphe 172.1(3) prévoit une présomption (jugée inconstitutionnelle dans l'arrêt *Morrison*, précité — voir les paragraphes 51 à 73) suivant laquelle la croyance est établie dès lors que le plaignant dit à l'accusé qu'il n'a pas atteint l'âge fixé. Selon le juge Moldaver, cette présomption révèle que le législateur estime que la *mens rea* de l'infraction reste un élément essentiel, indépendamment de l'admissibilité de la défense d'erreur sur l'âge. Le juge Moldaver renvoie à cette présomption dans le passage où il explique en quoi son avis est préférable à celui de la juge Abella, dissidente en partie. Or, selon moi, cette différence n'est pas particulièrement significative dans l'abstrait. Le cœur de son raisonnement porte que le fait de substituer un moyen de défense à un élément d'une infraction contrevient à « l'un des principes fondamentaux

elements of an offence beyond a reasonable doubt (*Morrison* at paragraph 85).

[55] There have been recent suggestions that this essential element need not be proved in cases in which there is no air of reality to the accused's honest but mistaken belief in consent. In *R. v. Barton*, 2017 ABCA 216 (*Barton ABCA*), a *per curiam* panel of the Court of Appeal of Alberta criticized that instruction at paragraphs 238 and 239. The Court explained:

[238] The problem with current pattern jury charges extends beyond the need to clarify the meaning of consent for purposes of the *mens rea* of sexual assault. A further complication is this. What must the Crown prove where there is no live issue of mistaken belief in consent? In *Ewanchuk*, ... at para 41, Major J made the point that: "Sexual assault is a crime of general intent. Therefore, the Crown need only prove that the accused intended to touch the complainant in order to satisfy the basic *mens rea* requirement." He then added at paras 42, 49...:

However, since sexual assault only becomes a crime in the absence of the complainant's consent, the common law recognizes a defence of mistake of fact which removes culpability for those who honestly but mistakenly believed that they had consent to touch the complainant. To do otherwise would result in the injustice of convicting individuals who are morally innocent ... *As such, the mens rea of sexual assault contains two elements: intention to touch and knowing of, or being reckless or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched ...*

In the context of *mens rea*—specifically for the purposes of the honest but mistaken belief in consent—"consent" means that the complainant had affirmatively communicated by words or conduct her agreement to engage in sexual activity with the accused.

du droit criminel » à savoir que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la Couronne doit prouver tous les éléments essentiels de l'infraction hors de tout doute raisonnable (*Morrison*, au paragraphe 85).

[55] Il a été récemment suggéré qu'il n'était pas nécessaire que cet élément essentiel soit prouvé dans les cas où la croyance sincère mais erronée de l'accusé au consentement ne possède aucune apparence de vraisemblance. Dans l'arrêt *R. v. Barton*, 2017 ABCA 216 (*Barton ABCA*), une formation unanime des juges de la Cour d'appel de l'Alberta critique la directive à cet égard aux paragraphes 238 à 239. Elle explique :

[TRADUCTION]

[238] Le problème que présentent les directives types actuelles au jury transcende la nécessité de clarifier le sens du consentement lorsqu'il s'agit d'établir la *mens rea* en cas d'agression sexuelle. Une autre complication est la suivante. Qu'est-ce que la Couronne doit prouver lorsque la question de la croyance erronée au consentement ne se pose pas? Dans l'arrêt *Ewanchuk*, [...] au paragraphe 41, le juge Major opine ainsi : « [l']agression sexuelle est un acte criminel d'intention générale. Par conséquent, le ministère public n'a qu'à prouver que l'accusé avait l'intention de se livrer à des attouchements sur la plaignante pour satisfaire à l'exigence fondamentale relative à la *mens rea* ». Il ajoute ensuite aux paragraphes 42 et 49 [...] :

Toutefois, étant donné que l'agression sexuelle ne devient un crime qu'en l'absence de consentement de la plaignante, la common law admet une défense d'erreur de fait qui décharge de toute culpabilité l'individu qui croyait sincèrement mais erronément que la plaignante avait consenti aux attouchements. Agir autrement donnerait lieu à l'injustice que constituerait le fait de déclarer coupable [*sic*] des personnes moralement innocentes [...]. *Par conséquent, la mens rea de l'agression sexuelle comporte deux éléments : l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l'insouciance ou l'aveuglement volontaire à cet égard [...]*

Dans le contexte de la *mens rea* - particulièrement pour l'application de la croyance sincère mais erronée au consentement - la notion de « consentement » signifie que la plaignante avait, par ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l'activité sexuelle avec l'accusé.

[239] If the Crown must prove the *mens rea* that applies for the purposes of the honest but mistaken belief in consent defence regardless of whether mistaken belief in consent is even a live issue, then that would lead to this result. The Crown would bear the burden of disproving mistaken belief in consent in every sexual assault case even where mistaken belief is not a live issue whether because the air of reality threshold has not been met or the accused has advanced no such defence. This is another area in which we would invite further consideration by the national jury committee on how best to instruct jurors in this instance. [Emphasis in *Ewanchuk* quotation added by Court of Appeal of Alberta; notes omitted.]

[56] The Court then included the following footnote (at note 105):

Where mistaken belief is not a live issue, this raises the question whether a trial judge should instruct the jury (providing it is satisfied that all the required *actus reus* elements were met and the judge has properly outlined these) that: “If you are satisfied that the Crown has proven beyond a reasonable doubt that the complainant did not consent to that sexual activity, you should have little difficulty in concluding that the accused knew or was wilfully blind to the fact that the complainant was not consenting to the sexual activity in question or was reckless and chose to take the risk.” Should more be required, then the jury instructions should identify what it is that the Crown must then prove to bring home to the accused culpability based on actual knowledge or its equivalent, wilful blindness or recklessness. [Emphasis added.]

[57] This decision raises important issues. But until the Supreme Court of Canada rules on this issue, we are bound by the law as I have described it. The decision in *Barton SCC*, did not, in my view, change the settled law, but affirmed it.

[58] The second principle that governs this case is also the law as settled by the Supreme Court of Canada. It is that the accused’s honest but mistaken belief in consent is a “defence” in the sense that the jury should not be directed about it absent some foundation in the evidence for such an honest belief.

[239] Si la Couronne devait prouver la *mens rea* dans le cadre de la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement, que cette défense se pose ou non, cela aboutirait alors à un tel résultat. Il incomberait à la Couronne de réfuter la croyance erronée au consentement dans toutes les affaires d’agression sexuelle, même si la croyance erronée ne se pose pas, que ce soit parce que le seuil de l’apparence de vraisemblance n’a pas été atteint ou parce que l’accusé n’a pas présenté une telle défense. C’est un autre domaine que nous souhaiterions que le Comité national sur les directives au jury examine plus avant pour déterminer la meilleure façon de donner des directives aux jurés dans ce cas. [Caractères en italiques ajoutés dans le passage de l’arrêt *Ewanchuk* par la Cour d’appel de l’Alberta; références omises.]

[56] La Cour inclut la note de bas de page suivante (à la note 105) :

[TRADUCTION]

Lorsque la question de la croyance erronée ne se pose pas, il faut se demander si le juge du procès doit donner la directive suivante au jury (à condition qu’il soit convaincu que tous les éléments requis de l’*actus reus* ont été établis et qu’il les a correctement décrits) : « Si vous êtes convaincus que la Couronne a prouvé hors de tout doute raisonnable que la plaignante n’avait pas consenti à cette activité sexuelle, vous ne devriez pas avoir de difficulté à conclure que l’accusé savait que la plaignante ne consentait pas à l’activité sexuelle en question ou qu’il a fait preuve d’aveuglement volontaire ou d’insouciance et a choisi de prendre le risque ». Si des précisions sont nécessaires, les directives au jury devraient indiquer ce que la Couronne doit prouver pour établir la culpabilité de l’accusé sur le fondement de sa connaissance réelle ou son équivalent, l’aveuglement volontaire ou l’insouciance. [Je souligne.]

[57] Cette décision soulève des questions importantes. Toutefois, jusqu’à ce que la Cour suprême du Canada se prononce sur cette question, nous sommes liés par les principes de droit tels que je les ai présentés. La décision dans l’affaire *Barton CSC* n’a pas, à mon avis, modifié le droit établi; elle l’a confirmé.

[58] Le deuxième principe qui régit la présente affaire a été confirmé par la Cour suprême du Canada : la croyance sincère mais erronée de l’accusé au consentement est un moyen de « défense »; le jury ne devrait pas recevoir de directives à cet égard à défaut d’un quelconque fondement dans la preuve d’une telle

This has been clear since at least the Supreme Court's judgment in *Pappajohn*, above. In *Barton SCC*, above, the Court defined the defence as the honest but mistaken belief in *communicated* consent.

[59] When Justice Dickson (as he then was) discussed honest but mistaken belief in consent in his dissent in *Pappajohn*, at page 148, he explained the tension that gives rise to this problem:

Mistake is a defence, then, where it prevents an accused from having the *mens rea* which the law requires for the very crime with which he is charged. Mistake of fact is more accurately seen as a negation of guilty intention than as the affirmation of a positive defence. It avails an accused who acts innocently, pursuant to a flawed perception of the facts, and nonetheless commits the *actus reus* of an offence. Mistake is a defence though, in the sense that it is raised as an issue by an accused. The Crown is rarely possessed of knowledge of the subjective factors which may have caused an accused to entertain a belief in a fallacious set of facts. [Emphasis added.]

[60] It follows that the issue of whether the accused has an honest but mistaken belief in the complainant's consent does not need to be considered by the jury or disproved by the Crown unless there is an "air of reality" in relation to that defence on the whole of the evidence.

[61] In my view, the Military Judge was correct in refusing to leave honest but mistaken belief in (communicated) consent with the panel. The evidence disclosed that this was a case of either consent or no consent; there was no room for an allegation of mistake of fact.

[62] Under the law as it stands from the Supreme Court of Canada, the Crown must prove all essential elements of the offence, including knowledge of lack of consent when there is no air of reality to honest but mistaken belief in consent. It is not, however, required to negate an honest but mistaken belief unless the accused raises that issue by pointing to evidence in the record that gives an air of reality to the defence.

croissance sincère. Il en est ainsi depuis au moins l'arrêt *Pappajohn*, précité, rendu par la Cour suprême. Dans l'arrêt *Barton CSC*, cette cour définit la défense comme étant la croyance sincère mais erronée au consentement *communiqué*.

[59] Dans son analyse de la croyance sincère mais erronée au consentement, le juge Dickson (tel était alors son titre), dissident, explique dans l'arrêt *Pappajohn*, à la page 148, la tension qui donne lieu à ce problème :

L'erreur constitue donc un moyen de défense lorsqu'elle empêche un accusé de former la *mens rea* exigée en droit pour l'infraction même dont on l'accuse. L'erreur de fait est plus justement décrite comme une négation d'intention coupable que comme un moyen de défense positif. Un accusé peut l'invoquer lorsqu'il agit innocemment, par suite d'une perception viciée des faits, et qu'il commet néanmoins l'*actus reus* d'une infraction. L'erreur constitue cependant un moyen de défense, en ce sens que c'est l'accusé qui le soulève. Le ministère public connaît rarement les facteurs subjectifs qui ont pu amener un accusé à croire à l'existence de faits erronés. [Je souligne.]

[60] Il s'ensuit que la question de savoir si l'accusé a une croyance sincère mais erronée au consentement de la plaignante n'a pas à être examinée par le jury ni réfutée par la Couronne à moins qu'il y ait une « apparence de vraisemblance » relativement à cette défense à la lumière de l'ensemble de la preuve.

[61] À mon avis, le juge militaire a eu raison de refuser de présenter la croyance sincère mais erronée au consentement (communiqué) à l'appréciation du jury. Selon la preuve, l'affaire portait sur l'existence ou l'absence de consentement; il n'y avait pas de place pour une prétention d'erreur de fait.

[62] Selon l'état actuel du droit tel qu'il est confirmé par la Cour suprême du Canada, la Couronne doit prouver tous les éléments essentiels de l'infraction, y compris la connaissance de l'absence de consentement, lorsqu'il n'y a aucune apparence de vraisemblance quant à une croyance sincère mais erronée au consentement. Toutefois, elle n'est pas tenue de réfuter une croyance sincère mais erronée à moins que l'accusé ne soulève cette question en soulignant les éléments de preuve au dossier qui donnent une apparence de vraisemblance à la défense.

[63] That brings me to the third principle. In cases in which the defence of honest but mistaken belief has no air of reality and the trier of fact is satisfied beyond a reasonable doubt that the complainant did not consent to the sexual activity, the trier of fact will have little difficulty drawing the inference that the accused knew that the complainant did not consent (or was reckless or wilfully blind to the absence of consent).

[64] In consent-or-no-consent cases (including this case, as discussed below), if the trier of fact accepts the complainant's evidence that there is no consent, the knowledge element is easily proven. This supports the suggestion in footnote 105 of *Barton ABCA*, above, that in the absence of a mistake of fact defence, juries may be told that if they accept the evidence of a complainant on the issue of consent, they will have little difficulty finding the element of knowledge proved.

[65] But some cases, even absent mistake of fact, may require the instruction regarding lack of knowledge of consent. Although an honest but mistaken belief in consent goes to *mens rea*, it is not the only way to disprove that *mens rea* element. For example, where there is evidence that the accused was involuntarily intoxicated, the accused may not have known that the complainant was not consenting, but would also not have an honest but mistaken belief in consent. Thus, in cases in which the accused, through no fault of their own, has no belief about the complainant's consent, failure to instruct the panel on the knowledge element of *mens rea* could deprive them of a defence.

[66] Although it has not been conclusively established, there is some opinion that involuntary intoxication short of automatism can negate the *mens rea* of a general intent offence like sexual assault (see for example: *R. v. McGrath*, 2013 ONCJ 528 (in the

[63] Ce qui m'amène au troisième principe. Dans les cas où le moyen de défense fondé sur une croyance sincère mais erronée n'a aucune apparence de vraisemblance et que le juge des faits est convaincu hors de tout doute raisonnable que la plaignante n'avait pas consenti à l'activité sexuelle, il n'aura aucune difficulté à en déduire que l'accusé savait que la plaignante n'avait pas consenti (ou qu'il a fait preuve d'insouciance ou d'aveuglement volontaire quant à l'absence de consentement).

[64] Dans les affaires mettant en jeu l'existence ou l'absence de consentement (y compris la présente affaire, comme il est indiqué ci-dessous), si le juge des faits accepte la preuve de la plaignante selon laquelle elle n'avait pas consenti, l'élément de connaissance est facilement prouvé. Cette situation va dans le même sens que la suggestion dans la note de bas de page 105 de la décision *Barton ABCA*, précitée, selon laquelle, à défaut d'un moyen de défense fondé sur une erreur de fait, le jury peut être informé que, s'il accepte la preuve d'une plaignante sur la question du consentement, il n'aura aucune difficulté à conclure que l'élément de connaissance a été prouvé.

[65] Mais certaines affaires, même si l'erreur de fait n'est pas soulevée, peuvent nécessiter que le juge donne des directives concernant l'absence de connaissance du consentement. Bien que la croyance sincère mais erronée au consentement concerne la *mens rea*, ce n'est pas le seul moyen de réfuter cet élément de la *mens rea*. Par exemple, si la preuve indique que l'accusé était involontairement intoxiqué, il pouvait ne pas savoir que la plaignante n'avait pas donné son consentement, mais il n'aurait pas non plus une croyance sincère mais erronée au consentement. Ainsi, dans les cas où l'accusé, indépendamment de sa volonté, n'a aucune croyance quant au consentement de la plaignante, l'omission de donner des directives au jury en ce qui concerne l'élément de connaissance de la *mens rea* pourrait le priver d'une défense.

[66] Certains estiment - mais la chose n'a pas été établie de manière concluante - qu'une intoxication involontaire qui ne constitue pas de l'automatisme peut permettre de réfuter la *mens rea* d'une infraction d'intention générale telle que l'agression sexuelle (voir

context of impaired driving); Kent Roach, *Criminal Law*, 7th ed. (Toronto: Irwin Law, 2018) at pages 303 to 306; Morris Manning and Peter Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5th ed. (Markham (Ont.): LexisNexis, 2015) at page 477).

[67] To be clear, it would be an error for a military judge to repackage the defence of honest but mistaken belief as an element of the offence. If, for example, the Military Judge had pointed the panel to evidence relevant to Sgt MacIntyre's belief in consent, the defence would have been improperly introduced by the back door. This is no different from any other defence that is legally unavailable. Where there is no air of reality to a defence of automatism, for example, it would be a legal error for a trial judge to relate evidence of automatism to the elements of an offence. The Military Judge made no such error here. He made it very clear that if the panel had reached that portion of the charge, it would have no trouble convicting Sgt MacIntyre:

To determine Sergeant MacIntyre's state of mind, what he knew about [Lt M.]'s consent or lack of it, you should consider all of the evidence. Take into account what Sergeant MacIntyre and [Lt M.] did or did not do; how Sergeant MacIntyre and [Lt M.] did or did not do it; what Sergeant MacIntyre and [Lt M.] said or did not say.

...

In this case, the versions of the two main actors is opposite as to what was done and what was said exactly. I believe it is fair to assume that if you got to this stage of the analysis, it is because you did not accept Sergeant MacIntyre's version as true. Otherwise your deliberations would be over.

[Lt M.] testified that she woke up with Sergeant MacIntyre lying naked in her bed, uninvited. The theory of the prosecution is that Sergeant MacIntyre surreptitiously entered her room using a stolen key card, undressed near the bed and sneaked into the

par exemple : *R. c. McGrath*, 2013 ONCJ 528 (dans le contexte de la conduite avec facultés affaiblies); Kent Roach, *Criminal Law*, 7^e éd. (Toronto, Irwin Law, 2018) aux pages 303 à 306; Morris Manning et Peter Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5^e éd. (Markham (Ont.), LexisNexis, 2015) à la page 477).

[67] Précisons que ce serait une erreur pour un juge militaire de transformer le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée en élément de l'infraction. Si, par exemple, le juge militaire avait indiqué au comité des éléments de preuve révélant la croyance du sgt MacIntyre au consentement, la défense aurait été introduite de manière détournée. Ce n'est pas différent de toute autre défense légalement inadmissible. Par exemple, lorsqu'une défense d'automatisme ne présente aucune apparence de vraisemblance, le juge du procès commettrait une erreur de droit en rattachant la preuve de l'automatisme aux éléments constitutifs de l'infraction. Le juge militaire n'a pas commis une telle erreur en l'espèce. Il a expliqué très clairement que si le comité en était là, il n'aurait aucune difficulté à déclarer le sgt MacIntyre coupable :

[TRADUCTION]

Pour déterminer l'état d'esprit du sergent MacIntyre, ce qu'il savait du consentement ou de l'absence de consentement du [ltv M.], vous devez examiner le dossier de preuve dans son ensemble. Tenez compte de ce que le sergent MacIntyre et le [ltv M.] ont fait ou n'ont pas fait; comment le sergent MacIntyre et le [ltv M.] l'ont fait ou ne l'ont pas fait; ce que le sergent MacIntyre et [ltv M.] ont dit ou n'ont pas dit.

[...]

En l'espèce, les versions des deux principaux intéressés sont opposées en ce qui concerne ce qui a été fait et ce qui a été dit exactement. Je crois qu'il est juste de supposer que si vous en êtes à ce stade de l'analyse, c'est parce que vous n'ajoutez pas foi à la version du sergent MacIntyre. Sinon, vos délibérations seraient terminées.

Le [ltv M.] a témoigné qu'elle avait constaté à son réveil la présence du sergent MacIntyre, allongé nu dans son lit, sans y avoir été invité. Selon la poursuite, le sergent MacIntyre s'est infiltré dans la chambre en utilisant une clé volée, s'est déshabillé près du lit et s'est glissé entre

sheets. If you believe that Sergeant MacIntyre entered [Lt M.]’s room uninvited in that or any other fashion, you should have no difficulty concluding that Sergeant MacIntyre knew that [Lt M.] did not consent to the force that he initially applied when he pressed his naked body against hers.

In addition, if you believe that [Lt M.] said no to Sergeant MacIntyre at least 15 times or even only once, while moving his arm away from her body, you will have no difficulty in concluding that such an expression of non-consent obliged Sergeant MacIntyre to make certain that she had truly changed her mind before proceeding with the further intimacies ... Continuing sexual contact after someone has said, no is, at minimum, reckless and could lead you to conclude that Sergeant MacIntyre knew that [Lt M.] did not consent to the force that he applied. [Emphasis added.]

[68] To avoid the danger of inadvertently leaving the defence to the jury in the absence of an air of reality, trial judges may choose to give the instruction in footnote 105 of *Barton ABCA*, above, in appropriate circumstances, as did the judge in this case.

[69] To summarize: knowledge, wilful blindness, or recklessness as to the complainant’s lack of consent is an essential *mens rea* element of sexual assault. Although trial judges cannot repackage the defence of honest but mistaken belief as the *mens rea* element when it has no air of reality, it is not an error of law to simply instruct the trier of fact on the element of knowledge of lack of consent.

(3) Application to the facts of this case

[70] Thus, in my view, the Military Judge committed no error when he instructed the panel that an essential element of the offence that the Crown had to prove beyond a reasonable doubt was that Sgt MacIntyre knew that the complainant was not consenting to the sexual activity in question.

les draps. Si vous croyez que le sergent MacIntyre est entré dans la chambre du [ltv M.] sans y avoir été invité, de cette manière ou autrement, vous ne devriez pas avoir de difficulté à conclure que le sergent MacIntyre savait que le [ltv M.] n’avait pas consenti à la force qu’il a initialement appliquée lorsqu’il a pressé son corps nu contre le sien.

En outre, si vous croyez que le [ltv M.] a dit « non » au sergent MacIntyre au moins 15 fois, ou même une seule fois, tout en repoussant le bras du sergent, vous n’aurez aucune difficulté à conclure qu’une telle expression de non-consentement obligeait le sergent MacIntyre à s’assurer qu’elle avait véritablement changé d’avis avant de poursuivre des actes d’intimité [...] Poursuivre le contact sexuel après que quelqu’un a dit « non », constitue à tout le moins de l’insouciance et pourrait vous amener à conclure que le sergent MacIntyre savait que le [ltv M.] n’avait pas consenti à la force qu’il a appliquée. [Je souligne.]

[68] Pour éviter de présenter la défense au jury par inadvertance en l’absence de toute apparence de vraisemblance, le juge du procès pourrait donner la directive précitée à la note de bas de page 105 de l’arrêt *Barton ABCA*, précité, lorsqu’il y a lieu, comme l’a fait le juge en l’espèce.

[69] En résumé : la connaissance de l’absence de consentement de la plaignante ou l’aveuglement volontaire ou l’insouciance à cet égard constitue un élément essentiel de la *mens rea* de l’agression sexuelle. Bien que le juge du procès ne puisse transformer la défense fondée sur la croyance sincère mais erronée au consentement en élément de la *mens rea* dans les cas où ce moyen de défense ne possède aucune apparence de vraisemblance, ce n’est pas une erreur de droit que de simplement donner des directives au juge des faits sur l’élément que constitue la connaissance de l’absence de consentement.

(3) Application aux faits de l’espèce

[70] Ainsi, à mon avis, le juge militaire n’a commis aucune erreur en donnant pour directive au comité que l’un des éléments essentiels de l’infraction que la Couronne devait prouver hors de tout doute raisonnable était que le sgt MacIntyre savait que la plaignante n’avait pas consenti à l’activité sexuelle en question.

[71] If I am in error, and knowledge of lack of consent is no longer an element, in my view, regardless of that error, I would not direct a new trial. It is well established that on an appeal from an acquittal on a question of law, the Crown must demonstrate both that an error of law was made, and that there is a reasonable degree of certainty that but for the error, the result would not necessarily have been the same (*Barton SCC*, above, at paragraph 160; *R. v. Nuttall*, 2018 BCCA 479 at paragraph 498; *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658 at page 665; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609 at paragraphs 14 to 16).

[72] In my view, if there was an error, it was of no moment and made no difference in the outcome of the trial. This case was about consent. It was not about whether Sgt MacIntyre had knowledge of a lack of consent. If the panel concluded that there was no consent, they would have had no difficulty on the evidence, as highlighted by the Military Judge, finding that Sgt MacIntyre knew Lt(N) M. was not consenting.

[73] The Military Judge focused on what all agreed was the main, and really only, issue in the case: whether the Crown had proven that Lt(N) M. did not consent to the sexual activity in question. He said, in relation to the element of consent, “There’s no doubt—this is no doubt the most contentious issue in this case, as mentioned by counsel in their closing addresses.” He then gave a comprehensive instruction on the element of consent.

[74] He did give the impugned instruction; however, in doing so, he reviewed the evidence carefully and advised the panel that if they believed the evidence of Lt(N) M., they would have no difficulty in concluding that Sgt MacIntyre knew she was not consenting to the sexual activity.

[75] In my view, as was the case in *Skedden*, above, this case turned on whether the panel had a reasonable doubt about whether Lt(N) M. did not consent.

[71] Si je me trompe et que la connaissance de l’absence de consentement n’est plus un élément, à mon avis, indépendamment de cette erreur, je n’ordonnerais pas la tenue d’un nouveau procès. Il est de jurisprudence constante que, dans le cadre d’un appel interjeté à l’encontre d’un acquittement sur une question de droit, la Couronne doit démontrer à la fois qu’une erreur de droit a été commise et qu’il serait raisonnable de penser que, n’eût été l’erreur, l’issue n’aurait pas nécessairement été la même (*Barton CSC*, précité, au paragraphe 160; *R. c. Nuttall*, 2018 BCCA 479, au paragraphe 498; *Cullen v. The King*, [1949] R.C.S. 658, à la page 665; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16 [2006] 1 R.C.S. 609, aux paragraphes 14 à 16).

[72] À mon avis, si erreur il y avait, celle-ci était de peu d’importance et n’a eu aucune incidence sur l’issue du procès. Cette affaire portait sur le consentement. Il ne s’agissait pas de savoir si le sgt MacIntyre avait connaissance de l’absence de consentement. Si le comité avait conclu qu’il n’y avait pas eu de consentement, il n’aurait eu aucune difficulté sur la base des éléments de preuve, comme l’a souligné le juge militaire, à conclure que le sgt MacIntyre savait que le ltv M. n’était pas consentante.

[73] Le juge militaire s’est attaché à la principale et seule question en l’espèce, de l’avis de tous : celle de savoir si la Couronne avait prouvé que le ltv M. n’avait pas consenti à l’activité sexuelle en question. Il a déclaré, concernant l’élément relatif au consentement, [TRADUCTION] « Il ne fait aucun doute que c’est la question la plus litigieuse en l’espèce, comme l’ont indiqué les avocats dans leurs plaidoiries ». Il a ensuite donné des directives complètes sur l’élément relatif au consentement.

[74] Il a donné la directive contestée. Cependant, ce faisant, il a soigneusement examiné la preuve et informé les membres du comité que, s’ils croyaient au témoignage du ltv M., ils n’auraient aucune difficulté à conclure que le sgt MacIntyre savait qu’elle ne consentait pas à l’activité sexuelle.

[75] À mon avis, comme dans l’affaire *Skedden*, précitée, la question dans la présente affaire était celle de savoir si le comité avait un doute raisonnable que le

If she did not consent, the evidence was overwhelming that Sgt MacIntyre would have knowledge of the lack of consent. Thus, the error would have no material bearing on the acquittal. I would not give effect to this ground of appeal.

[76] In addition, the Crown should not be permitted two kicks at the can. This issue was not raised before the Military Judge. It was raised for the first time on appeal. This weighs in favour of not ordering a new trial, even if there was an error in law (see *Barton SCC*, above, at paragraph 157).

B. Instruction on the inadequacy of the investigation

[77] The Crown also submits that the Military Judge instructed the panel that if they found the investigation inadequate, they could acquit. That is not the instruction given by the Military Judge—not even close. He said:

Inadequate police investigation. You've heard a number of questions to witnesses suggesting that the investigation of the offence with which Sergeant MacIntyre was ultimately charged, was inadequate or biased. For instance, it was suggested that the exchanges at the beginning of the interviews conducted by Sergeant Biso with Lieutenant Eldridge and Chief Marcipont reveal that these two persons stated they were present at the interview to respectively corroborate and add to the validity of what [Lt M.] said, to which Sergeant Biso would have answered affirmatively. You have also heard Sergeant Biso's explanation about that.

You have also heard evidence from Sergeant Biso to the effect that it was preferable to obtain the versions of witnesses independently to avoid what was referred to as witness contamination. You also heard from [Lt M.] that she had been in regular contact with NIS officers on the progress of the investigation and on one occasion, had met with Sergeant Biso and was given an idea of what Sergeant MacIntyre had told the investigators. She said she was surprised about one thing that had been reported to her in relation with Sergeant MacIntyre's version. Finally, you've heard suggestions that the issue of the money found in [Lt M.]'s room that apparently

ltv M. n'avait pas consenti. Si cette dernière n'était pas consentante, la preuve était accablante que le Sgt MacIntyre aurait eu connaissance de l'absence de consentement. Ainsi, l'erreur n'aurait aucune incidence significative sur l'acquittement. Je rejetterais ce moyen d'appel.

[76] De plus, la Couronne ne devrait pas avoir une deuxième chance. Cette question n'a pas été soulevée devant le juge militaire. Elle a été soulevée pour la première fois en appel, ce qui milite contre la tenue d'un nouveau procès, même s'il y avait erreur de droit (voir *Barton CSC*, précité, au paragraphe 157).

B. Directive sur l'insuffisance de l'enquête

[77] La Couronne prétend également que le juge militaire a indiqué aux membres du comité que, s'ils trouvaient que l'enquête sur la plainte était insuffisante, ils pouvaient prononcer l'acquittement. Ce n'est pas la directive donnée par le juge militaire, et ce pas du tout. Il a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Enquête policière insuffisante. Vous avez entendu un certain nombre de questions aux témoins laissant entendre que l'enquête sur l'infraction reprochée au sergent MacIntyre était insuffisante ou partielle. Par exemple, il a été suggéré que les échanges au début des entretiens menés par le sergent Biso avec le lieutenant Eldridge et le premier maître Marcipont révèlent que ces deux personnes ont déclaré être présentes à l'entretien pour corroborer et renforcer la validité de ce que le [ltv M.] avait dit, à quoi le sergent Biso aurait répondu par l'affirmative. Vous avez également entendu l'explication du sergent Biso à ce sujet.

Vous avez également entendu le sergent Biso dire qu'il était préférable d'obtenir les versions des témoins de façon indépendante pour éviter ce que l'on appelle l'influence des témoins. Vous avez également entendu de la part du [ltv M.] qu'elle avait été en contact régulier avec des agents du Service national des enquêtes (SNE) à propos du déroulement de l'enquête et qu'elle avait rencontré le sergent Biso à un moment donné et avait une idée de ce que le sergent MacIntyre avait dit aux enquêteurs. Elle a dit avoir été surprise par une chose qui lui avait été relatée concernant la version du sergent MacIntyre. Enfin, vous avez entendu des suggestions

belonged to Sergeant MacIntyre, should have been investigated by the NIS and heard the explanations of Sergeant Biso about that too.

It was also suggested to witnesses that taking notes or pictures or obtaining a number of items of potential evidence at certain moments from certain sources may have been helpful. This included obtaining the version of Sergeant MacIntyre earlier.

Be careful not to speculate about evidence that may have been obtained. Your role is to consider the evidence that is before you. It is up to you to determine whether evidence about the inadequacy of the police investigation, alone or along with other evidence, causes you to have a reasonable doubt about whether Sergeant MacIntyre committed the offence charged. [Emphasis added.]

[78] The Crown focuses on the last paragraph and says that this is an instruction to acquit. I disagree. Jury instructions are to be read as a whole, and not parsed into small pieces (*R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314).

[79] When the instruction is read as a whole, the panel could not have been confused with respect to the role of the police investigation. The panel was entitled to consider such things in the context of assessing the credibility and reliability of the witnesses. No aspersions were cast on the credibility or reliability of Lt(N) M. as a result of the police investigation.

[80] The failure of the Crown to object to the instruction demonstrates a satisfaction with it, a factor to consider on appeal. As Justice Moldaver said in *R. v. Calnen*, 2019 SCC 6, [2019] 1 S.C.R. 301 (*Calnen*) at paragraph 38:

[38] In my respectful view, defence counsel’s failure to object to the absence of a limiting instruction against general propensity reasoning of the kind my colleague now says was essential speaks not only to “the overall satisfactoriness of the jury charge on this issue”, but also to “the gravity of any omissions in the eyes of

selon lesquelles la question de l’argent trouvé dans la chambre du [ltv M.] qui appartenait apparemment au sergent MacIntyre aurait dû faire l’objet d’une enquête du SNE et avez entendu les explications du sergent Biso à ce sujet également.

Il a également été suggéré aux témoins que la prise de notes ou de photos ou l’obtention d’un certain nombre d’éléments de preuve potentiels à certains moments auprès de certaines sources aurait pu être utile. Cela comprenait l’obtention de la version du sergent MacIntyre plus tôt.

Veillez à ne pas spéculer sur les éléments de preuve qui auraient pu avoir été obtenus. Votre rôle consiste à examiner les éléments de preuve qui vous sont présentés. Il vous appartient de décider si des éléments de preuve concernant l’insuffisance de l’enquête policière, seuls ou associés à d’autres éléments de preuve, vous incitent à avoir un doute raisonnable quant à savoir si le sergent MacIntyre a commis l’infraction dont on l’accuse. [Je souligne.]

[78] La Couronne, soulignant le dernier paragraphe, dit qu’il s’agit d’une directive d’acquitter. Je ne suis pas de cet avis. Les directives au jury doivent être lues dans leur ensemble et non pas décomposées en petits fragments (*R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314).

[79] Il ressort de la directive dans son ensemble que le comité n’aurait pu être induit en erreur en ce qui concerne le rôle de l’enquête policière. Le comité était en droit de considérer de tels éléments dans le cadre de l’évaluation de la crédibilité et de la fiabilité des témoins. Aucune atteinte n’a été portée à la crédibilité ou à la fiabilité du ltv M. à la suite de l’enquête de la police.

[80] En ne s’opposant pas à la directive, la Couronne indique sa satisfaction, un facteur à prendre en considération en appel. Comme le dit le juge Moldaver dans l’arrêt *R. c. Calnen*, 2019 CSC 6, [2019] 1 R.C.S. 301 (*Calnen*), au paragraphe 38 :

[38] À mon humble avis, le défaut de l’avocat de la défense de s’opposer à l’absence de directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale comme celle qui, selon ma collègue, est essentielle, nous éclaire non seulement sur [TRADUCTION] « le caractère généralement suffisant de

defence counsel”; it may further be taken as an indication that defence counsel felt such an instruction would not have been in his client’s interests: *R. v. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 278 C.C.C. (3d) 1, at para. 86, cited with approval by Rothstein J. in *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689, at para. 66; see also *R. v. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236, at paras. 98-99, per Cromwell J.A. (as he then was). As Bastarache J. explained in *Daley*, at para. 58:

... it is expected of counsel that they will assist the trial judge and identify what in their opinion is problematic with the judge’s instructions to the jury. While not decisive, failure of counsel to object is a factor in appellate review. The failure to register a complaint about the aspect of the charge that later becomes the ground for the appeal may be indicative of the seriousness of the alleged violation. See *Jacquard*, at para. 38: “In my opinion, defence counsel’s failure to object to the charge says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection.”

(See also *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336, at pp. 343-44, where Dickson J. (as he then was) wrote: “Although by no means determinative, it is not irrelevant that counsel for the accused did not comment, at the conclusion of the charge, upon the failure of the trial judge to direct the attention of the jury to the evidence ...”)

[81] In *Calnen*, defence counsel’s failure to object was at issue. Where the Crown fails to do so, appellate courts must be at least as reluctant to entertain arguments on appeal that the trial judge erred in their charge (see *Barton SCC*, above, at paragraph 157).

[82] In my view, when the instruction is viewed as a whole, it cannot be said that the Military Judge erred.

[83] I would dismiss the appeal.

BELL C.J.: I agree.

SCANLAN J.A.: I agree.

l’exposé au jury sur cette question », mais également « sur la gravité d’omissions éventuelles, aux yeux de l’avocat de la défense ». Ce défaut peut également être interprété comme une indication que, selon l’avocat de la défense, une telle directive n’était pas dans l’intérêt de son client : *R. c. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 278 C.C.C. (3^d) 1, par. 86, cité et approuvé par le juge Rothstein dans l’arrêt *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, par. 66; voir également *R. c. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2^d) 236, par. 98-99, le juge Cromwell (plus tard juge à la Cour suprême du Canada). Comme le juge Bastarache l’a expliqué dans l’arrêt *Daley*, au par. 58 :

[...] on attend des avocats qu’ils assistent le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu’ils estiment problématiques. Bien qu’elle ne soit pas déterminante, l’omission d’un avocat de formuler une objection est prise en compte en appel. L’absence de plainte contre l’aspect de l’exposé invoqué plus tard comme moyen d’appel peut être significative quant à la gravité de l’irrégularité reprochée. Voir *Jacquard*, par. 38 : « À mon avis, l’omission de l’avocat de la défense de s’opposer à l’exposé est révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée. »

(Voir aussi *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336, aux p. 343-344, dans lequel le juge Dickson (plus tard juge en chef) écrivait : « Bien que ce ne soit pas concluant, il n’est pas sans importance de remarquer que l’avocat de l’accusé n’a fait aucun commentaire, à la fin de l’exposé, sur l’omission du juge du procès d’attirer l’attention du jury sur les témoignages [...] ».)

[81] L’affaire *Calnen* portait sur le défaut de l’avocat de la défense d’exprimer son opposition. Quand la Couronne s’abstient, les cours d’appel doivent se montrer réticentes à accepter les arguments en appel selon lesquels le juge du procès a commis une erreur dans son exposé au jury (voir *Barton CSC*, précité, au paragraphe 157).

[82] À mon avis, lorsque les directives sont considérées dans leur ensemble, on ne saurait affirmer que le juge militaire a commis une erreur.

[83] Je rejetterais l’appel.

LE JUGE EN CHEF BELL : Je suis d’accord.

LE JUGE SCANLAN, J.C.A. : Je suis d’accord.